This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

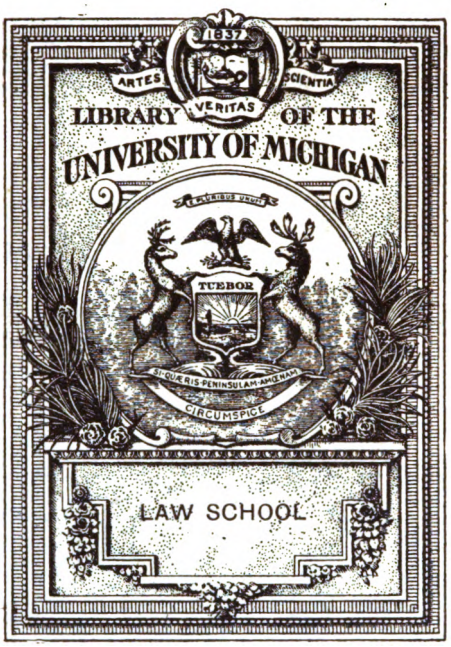
À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

coll. compact. Ad.

K21 .C725x



Digitized by Google

FL2
R46
C934
Stor
a3837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE F. PICHON, 282, RUE SAINT-JACQUES, & 24, RUE SOUFFLOT.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

LÉON AUCOC
Ancien président de section au Conseil d'Etat, Membre de l'Institut.

C. ACCARIAS
Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.

CH. LYON-CAEN
Professeur à la Faculté de droit de Paris et à l'École des Sciences politiques.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

GABRIEL DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Paris ;
ALBERT DESJARDINS, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris;
E. GLASSON, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris;
LABBÉ, professeur à la Faculté de droit de Paris;
ED. LAFERRIÈRE, vice-président du Conseil d'Etat;
L. RENAULT, professeur à la Faculté de droit de Paris.

ET DE MM.

BREMOND, professeur à la Faculté de droit de Montpellier; CABOUAT, professeur à la Faculté de droit de Caen; CHAUSSE, professeur agrégé à la Faculté de droit de Montpellier; G. DEBACQ, avocat à la Cour d'appel de Paris; GARDEIL, professeur à la Faculté de droit de Nancy; G. LEBRET, professeur à la Faculté de droit de Caen; LOUIS-LUCAS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon; CH. MASSIGLI, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris; MONGIN, professeur à la Faculté de droit de Dijon; H. MONNIER, professeur adjoint à la Faculté de droit de Bordeaux; PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry; PLANIOL, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris; SAUZET, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris; CH. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble; WALLON, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; WEISS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

4-1-1-66

XLe ANNÉE

Nouvelle série. — TOME XX.

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, Sr, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

24, rue Soufflot, 24

1891

Digitized by Google

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CRIMINELLE
(1889-1890)

Par M. E. Garraud, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

Sommaire.

I. — Mineur de seize ans. — Défaut de discernement. — Acquittement — Amende.

II. — Outrage à un magistrat. — Publication antérieure. — Compétence.

III. — Pharmacie. — Dispensaire. — Débit gratuit de médicaments. — Contravention.

IV. — Adultère de la femme. — Connivence du mari. — Fin de non recevoir. — Excuse.

V. — Courses de chevaux. — Pari à la cote. — Pari mutuel. — Agence. — Autorisation. — Commissionnaire.

VI. — Peine. — Durée. — Jugement par défaut. — Opposition.

Mineur de seize ans — Défaut de discernement — Acquittement — Amende.

Il est généralement admis que le mineur âgé de moins de seize ans, peut être acquitté, en vertu de l'art. 66, P. comme ayant agi sans discernement, non seulement lorsqu'il s'agit d'infractions punies par le Code pénal, mais encore lorsqu'il s'agit d'infractions prévues par des lois spéciales, notamment des lois fiscales. Mais, dans cette hypothèse, le tribunal qui acquitte le mineur, peut-il néanmoins prononcer contre lui une amende. C'est la solution adoptée par un jugement du Tribunal de Bourges, du 24 octobre 1889 (*Journal du Droit criminel*, 1889, p. 259). Il s'agissait d'un délit de colportage d'allumettes de provenance frauduleuse. « Attendu, dit le jugement, que l'amende en cette ma« tière, n'a pas le caractère d'une peine, mais celui d'une « réparation civile; qu'elle doit donc être prononcée, même « lorsque le prévenu a agi sans discernement. » — Nous ne saurions souscrire à cette décision, bien qu'elle soit conforme à la jurisprudence, ni aux raisons sur lesquelles elle s'appuie. L'effet de la minorité de seize ans, lorsque vient s'y joindre le défaut de discernement, est de créer, au profit de l'inculpé une

Digitized by Google

excuse absolutoire. Le mineur, malgré les termes inexacts de l'art. 66, C. P. est absous, non acquitté. L'excuse absolutoire empêche de prononcer une peine, quelle qu'elle soit. Le juge peut seulement, si les parents ne présentent pas des garanties suffisantes, envoyer l'enfant dans une maison de correction pendant un certain nombre d'années; ce n'est pas là une peine, mais un moyen d'éducation. Il n'en est pas de même de l'amende : l'amende est essentiellement une peine. Sans doute, quand elle est prononcée à raison de délits fiscaux, elle présente, en même temps, dans une certaine mesure, le caractère d'une réparation du dommage causé à l'administration intéressée. Mais elle n'en conserve pas moins son caractère de peine (art. 9, P.). Par conséquent, elle ne doit pas être prononcée contre le mineur absous comme ayant agi sans discernement. D'autant plus que, dans cette hypothèse, l'administration ne serait point désarmée. Des dommages-intérêts, à raison du dommage à elle causé, pourraient lui être alloués, sur ses conclusions, par le Tribunal, même prononçant l'acquittement en vertu de l'art. 66. Il peut y avoir dans l'acte de l'enfant le fondement d'une responsabilité civile pour ses parents: mais l'enfant absous ne relève pas de la loi pénale. Aucune peine ne peut lui être appliquée. (Comp. Garraud : précis de *Droit criminel*: 2e édit. page 192).

Outrage à un magistrat — Publication antérieure — Compétence.

La loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la Presse, a mis fin à quelques-uns des conflits qui s'étaient élevés, au sujet des délits de diffamation, d'injure et d'outrage, entre le Code pénal et les lois de presse. Mais elle est loin de les avoir supprimés tous.

Lorsqu'une lettre, renfermant des outrages à l'adresse d'un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire, lui a été expédiée, il y a là un délit prévu et puni, par l'art. 222, C. P., d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans. Le tribunal correctionnel est compétent. D'autre part, si une lettre renfermant une diffamation ou une injure, à l'adresse d'un de ces magistrats, a été publiée par la voie de la presse, ce fait constitue un délit puni, par la loi du 29 juillet 1881 (art. 31), d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 100 à 3000 fr. ou de l'une

Digitized by Google

de ces deux peines seulement. La Cour d'assises est compétente. Que décider si la lettre a été tout ensemble, envoyée au magistrat et publiée par la voie de la presse. Y a-t-il deux délits distincts, qui puissent être poursuivis séparément, devant des juridictions différentes?

Si la publication de l'écrit injurieux n'a eu lieu qu'après sa réception par le fonctionnaire, on admet qu'il y a deux délits entièrement distincts : celui d'outrage, non rendu public à un fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire (222 C. P.) et celui d'outrage public, par un des moyens énumérés dans l'art. 23 de la loi du 29 juillet 1881. Ils peuvent être poursuivis séparément, sauf application de la règle du non-cuml. (Cass. 8 mars 1883, B. 1883. 103).

En est-il de même si la lettre renfermant l'outrage, a été tout d'abord rendue publique, et seulement ensuite envoyée au magistrat? Le tribunal de la Seine (17 décembre 1889) et la Cour d'appel de Paris (20 février 1890), ont répondu oui : la Cour de cassation (25 octobre 1890) a répondu non. A notre avis elle a bien jugé.

Sans doute, dans l'hypothèse, on rencontre les éléments, tant matériels qu'intentionnels, de deux délits. La publication par la voie de la presse, puis l'envoi de la lettre outrageante, sont deux faits matériels distincts; l'intention d'outrager, qui résulte de la publicité donnée à l'écrit, se distingue de l'intention d'outrager qui résulte de l'envoi de la lettre. Qu'importe du reste la question de priorité; ce serait une subtilité d'admettre la double poursuite, au cas où la letttre a été envoyée tout d'abord, et de la repousser, quand la publicité donnée à la lettre en a précédé l'envoi. Enfin, on arriverait, à ce résultat bizarre, que la loi serait plus sévère dans l'hypothèse la moins grave. Tandis qu'on appliquerait l'art. 222, C. P., qui prononce quinze jours à deux ans de prison, au cas d'outrage non public, c'est-à-dire moins grave, on ne pourrait plus prononcer que les peines de la loi de 1881, huit jours à un an d'emprisonnement, 100 à 3000 fr. d'amende, si l'inculpé avait aggravé sa faute, en donnant de la publicité à l'outrage qu'il adressait à un magistrat. De plus, on substituerait la Cour d'assises à la juridiction correctionnelle, plus sévère en pareille matière.

Digitized by Google

Ces raisons ont certainement une grande valeur : il serait à désirer que cette solution fût celle la loi. Malheureusement elle est absolument contraire au texte de l'art. 222 C. P.

« Attendu, dit l'arrêt de la Cour de cassation précité, que si le « délit prévu par l'art. 222 C. P. est consommé par la réception de « l'écrit ou du dessin par le fonctionnaire outragé, et si, dès lors, « la publicité postérieure donnée à cet écrit ou à ce dessin, ne sau- « rait modifier le caractère du dit délit, il en est autrement « lorsque la publication a été accomplie à une époque antérieure « ou concomitante à celle de la réception;

« Que dans ce dernier cas, l'outrage reçu par le magistrat « étant, par l'hypothèse même prévue, rendu public au moment « de sa réception, ne saurait tomber sous le coup de l'incrimi- « nation légale de l'art. 222, sans une contradiction manifeste « avec les termes mêmes de cet article;

« Que les conditions du délit spécial prévu par le dit article, « ne pouvant plus se réaliser, par suite de cette publication, il « n'y a plus de place que pour la répression des délits d'injure « et de diffamation publique prévus par la loi du 29 juillet 1881. »

Il est certain qu'en donnant une rédaction nouvelle à l'art. 222, P., les auteurs de la loi du 13 mai 1863, avaient pour objet de combler une lacune, l'outrage non public n'étant pas réprimé jusque-là. Mais ils n'ont pas envisagé le cas où l'outrage serait tout à la fois, publié et envoyé au magistrat. Ils auraient pu, dans cette hypothèse, admettre la possibilité de la double poursuite : il y a là dans notre loi, une véritable lacune.

Pharmacie — Dispensaire — Débit gratuit de médicaments — Contravention.

Aux termes de l'art. 25 de la loi du 21 germinal an XI, règlant l'organisation des écoles de pharmacie : « Nul ne pourra « obtenir de patente pour exercer la profession de pharmacien, « ouvrir une officine de pharmacie, préparer, vendre et débiter « aucun médicament, s'il n'a été reçu suivant les formes voulues « jusqu'à ce jour ou s'il ne l'est dans l'une des écoles de phar- « macie, etc...., » L'art. 33 de la même loi établit une distinction entre les préparations et compositions pharmaceutiques, d'une part, et les drogues simples, d'autre part. Celles-ci peuvent

Digitized by Google

être vendues par toute personne, mais encore faut-il que ce soit en gros, et non pas au poids médicinal.

Ces restrictions à la liberté du commerce ont un double objet : assurer efficacement la protection du monopole des pharmaciens, et sauvegarder la santé et la sécurité publiques, en soumettant à la surveillance de gens de l'art, la préparation et la vente de matières qui peuvent être dangereuses.

Mais est-il nécessaire, à supposer que la préparation des substances médicamenteuses a été faite par les soins d'une personne munie d'un diplôme de pharmacien, que la distribution en soit faite, dans l'officine même, et sous les yeux du pharmacien; ou bien, des dispensaires ne peuvent-ils pas être établis, où les médicaments seraient distribués par des personnes non munies du diplôme?

La question s'est posée, devant la Cour de cassation, à l'occasion d'un arrêt de la Cour de Rouen, relaxant des sœurs de charité de cette ville qui, dans des dispensaires, établis en différents quartiers de cette ville, avaient distribué aux indigents, des médicaments préparés par le pharmacien des hospices et hôpitaux de Rouen. La Cour de cassation a déclaré que, dans cette hypothèse, l'art. 25 de la loi du 21 germinal an XI devait recevoir son application et qu'il y avait un délit. (Cass. 7 novembre 1889, *Journal D. crim.*, 1889, p. 261).

« Attendu, dit l'arrêt de la Cour, qu'aux termes de l'art. 25 de « la loi du 21 germinal an XI, nul ne peut débiter aucun médi- « cament, s'il n'est régulièrement muni d'un diplôme de phar- « macien; que cette disposition générale et absolue ne permet « pas au personnel des hospices et hôpitaux, de leurs annexes et « de tous autres établissements de bienfaisance de débiter aux « malades indigents assistés à domicile, même gratuitement, les « médicaments préparés ailleurs et qui y sont déposés; — Attendu « que la surveillance exercée par le pharmacien des hôpitaux de « Rouen, sur la distribution aux malades indigents des médi- « caments déposés dans chacun des cinq dispensaires établis en « des quartiers différents d'une grande ville, est intermittente et « lointaine, qu'elle ne saurait équivaloir au débit desdits remèdes « par un pharmacien, lequel est exigé dans l'intérêt de la santé « publique par une disposition des lois précitées... »

Digitized by Google

Il nous paraît que cette disposition est bien rigoureuse et qu'elle fait une application bien étroite et bien judaïque de la loi de germinal an XI. Si on voulait appliquer à la lettre le texte de l'art. 21 de cette loi, il faudrait aller jusqu'à dire que les médicaments ne peuvent être préparés et débités même dans son officine, que par le pharmacien en personne, et non par des élèves ou étudiants en pharmacie non pourvus du diplôme. On n'oserait aller jusque-là. Tout est donc, dans l'application de cette loi, une question de mesure, une question de fait bien plus que de droit. Du moment que les médicaments ont été préparés par le pharmacien des hôpitaux et hospices, qu'importe qu'ils soient distribués sous ses yeux mêmes, ou dans un lieu qui n'est pas soumis à une surveillance de tous les instants? La tendance actuelle de la législation, telle qu'elle ressort des lois du 7 août 1851 et des 21-31 mai 1873 est de favoriser les secours et en particulier, le traitement des malades à domicile beaucoup moins onéreux pour l'Assistance publique. C'est méconnaître cette tendance et aller contre l'esprit de ces lois, que de multiplier les obstacles autour de ce mode de traitement. L'intérêt des pharmaciens est loin d'être celui des indigents.

Adultère de la femme — Connivence du mari — Fin de non recevoir — Excuse.

Que la connivence du mari dans l'adultère de sa femme ne puisse être invoquée par celle-ci, comme une excuse, c'est l'évidence même. Aux termes de l'art. 65 C. P., en effet, il n'existe d'excuses, soit absolutoires, soit atténuantes, que celles qui sont créées par la loi; or aucun texte ne fait de la complicité du mari une excuse pour l'adultère de la femme. Mais, du moins, n'y a-t-il pas là une fin de non-recevoir à la plainte en adultère déposée contre la femme par son mari ? La question est controversée.

On peut soutenir par des raisons très solides que la connivence du mari le rend non-recevable à déposer une plainte contre sa femme. La répression du délit d'adultère est, en effet, soumise à des règles exceptionnelles. L'adultère est un délit

Digitized by Google

social, sans doute, mais ici l'intérêt social se confond et même se subordonne à l'intérêt de la famille, représentée par l'autre époux : de là ce principe que le ministère public ne peut agir que sur la plainte de l'époux outragé; que celui-ci peut retirer sa plainte à tout moment des poursuites, et, par là, les arrêter; que le mari peut même, par une réconciliation, empêcher ou suspendre l'exécution de la peine prononcée, sur sa plainte, contre sa femme; de là cet autre principe que l'indignité du mari, convaincu lui-même d'adultère, l'empêche de porter plainte contre sa femme. Le ministère public est donc impuissant à agir, dans le cas où, affligée par un double scandale, la société paraîtrait le plus intéressée à punir (336-339, C. P.). Pourquoi? Parce que le mari parjure, comme le disait l'orateur du gouvernement, ne peut invoquer contre sa femme la sainteté des serments. Il serait à craindre, si le mari complice de l'adultère de sa femme pouvait néanmoins porter plainte, qu'après avoir reçu le prix d'odieuses complaisances, il ne trouvât dans la loi même le moyen de spéculer à nouveau et de se faire acheter son silence. Le scandale qui naîtrait de pareilles poursuites, rejaillissant sur le mari lui-même et sur les enfants, serait plus contraire à l'intérêt public que de jeter un voile sur ces turpitudes (V. Caen, 1er février 1855, D. 1856, 2, 289).

Quelle que soit la valeur de ces raisons, il nous paraît préférable de décider que, le mari conserve, dans notre espèce, le droit de déposer une plainte en adultère contre sa femme.

Dans notre ancien Droit, il est vrai, le mari dont la connivence dans l'adultère de sa femme était prouvée, perdait le droit de déposer plainte contre elle; mais aussi, le ministère public recouvrait toute sa liberté. Il pouvait poursuivre d'office, non seulement la femme et son complice, mais encore le mari complaisant. (Arrêtés des 1er juillet 1606 et 25 juin 1671). (V. Merlin, Rép. vo *Adultère*, no XIII). On risquait du scandale, mais du moins aucun coupable n'échappait à la loi.

Aujourd'hui, il est universellement admis que jamais le ministère public ne peut prendre l'initiative de poursuites en matière de délit d'aldutère. La loi est formelle sur ce point. On arrivera donc, si on admet que la connivence du mari est une

Digitized by Google

fin de non-recevoir, à cette conséquence, que la société sera complétement désarmée, dans le cas où l'immoralité de l'adultère est aggravée par la complicité du mari. Sans doute, il faut éviter le scandale: mais quand il éclate à tous les yeux, il ne faut pas que la justice soit impuissante à le réprimer.

Cette solution est du reste commandée par les travaux préparatoires. Le projet du Code pénal, dans son art. 291, portait que le mari avait seul le droit de porter plainte, à raison de l'adultère de sa femme, « *dans le cas où il n'y aurait pas connivé.* » Cette addition fut combattue au sein du Conseil d'Etat. On allégua que la recherche de la connivence du mari et la preuve de sa honteuse complicité soulèveraient de scandaleux débats; que l'homme qui, pour ne pas divulguer les désordres de sa femme, aurait gardé quelque temps le silence sur ses écarts, pourrait être l'objet d'une telle imputation; que, dès lors, il valait mieux effacer l'exception résultant de la fin de l'article. — La suppression fut décidée. Il résulte clairement de tout ce qui précède que le législateur n'a pas voulu que la femme pût s'armer de la connivence de son mari comme d'une fin de non-recevoir à la plainte en adultère exposée par lui. (Arrêt de Besançon, 24 juillet 1889, D. 90, 2, 50).

Le mari, qui a facilité la débauche de sa femme, qui en a profité, peut-être, sera donc néanmoins recevable dans sa plainte en adultère. Il pourra obtenir, contre sa femme et le complice de celle-ci une condamnation à l'emprisonnement. Mais ne pourrait-il pas être poursuivi lui-même, pour complicité, si ses actes pouvaient rentrer dans un des cas de complicité énumérés par l'art. 60, C. P.?

En fait, il n'y a pas d'exemple que des condamnations aient été prononcées, ni même des poursuites dirigées, pour adultère, contre des personnes autres que le complice de la femme. Mais, en droit, de telles poursuites seraient-elles impossibles?

On l'a prétendu. En matière d'adultère, la complicité serait soustraite au droit commun, et régie par des principes spéciaux, formulés dans les art. 338 et 339. C. P. Seul, le complice, c'est-à-dire le coauteur de l'adultère de la femme, peut être puni; la concubine du mari ne peut être punie; non plus

Digitized by Google

que toute autre personne ayant favorisé ou facilité le délit. Les principes généraux des art. 59 et suiv. ne sont pas ici applicables : les art. 338 et 339 se suffisent à eux-mêmes et renferment une théorie complète et spéciale de la complicité en matière d'adultère. Les règles qu'ils renferment se justifient d'ailleurs parfaitement. On comprend que la concubine du mari soit à l'abri de toute peine, car la femme qui consent à vivre en concubinage dans la maison conjugale avec un homme marié, a, presque toujours, cédé à la séduction exercée sur elle par le véritable coupable ; elle est, du reste, assez punie par le scandale et la publicité du procès. (V. Garraud : *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, t. IV, p. 543, n° 517). A plus forte raison, toutes autres personnes qui auraient aidé au délit d'adultère doivent-elles rester impunies?

Nous sommes d'un avis contraire. Les règles relatives à la complicité posées dans les art. 59 et suiv. ont une portée tout à fait générale et sont, dès lors, applicables à toutes les infractions prévues par la loi pénale, sauf exception formelle résultant d'un texte. Or, rien de semblable dans les articles régissant l'adultère. Il est vrai que l'art. 338 ne parle que du complice de la femme adultère, et qu'il est muet sur la concubine du mari. Mais s'ensuit-il que tout complice autre que celui de la femme restera impuni? Non. La loi devait mentionner spécialement le complice de la femme parce qu'elle apportait, en ce qui le concerne, des exceptions aux règles générales de la complicité : 1° En ce qui touche la pénalité (338, 1er al.); 2° En ce qui concerne les moyens de preuve (338, 2e al.), mais, sauf cette double exception, les principes généraux de la complicité subsistent : rien n'autorise à penser que le législateur ait voulu les écarter.

Donc, tous complices de l'adultère peuvent être poursuivis, par application des art. 59, et s. C. P., et notamment le mari qui aurait facilité la débauche de sa femme et qui viendrait ensuite déposer une plainte en adultère contre elle.

Grâce à cette double solution : possibilité de la plainte de la part du mari et possibilité des poursuites contre le mari, on ne verra pas le ministère public, impuissant à poursuivre dans tous les cas, comme il arriverait si l'on considérait la connivence du

Digitized by Google

mari comme une fin de non-recevoir; d'autre part, quand les poursuites auront lieu, sur la plainte du mari, on n'assistera plus à ce fâcheux spectacle du mari, échappant à toute répression, alors que sa culpabilité égale, surpasse souvent celle de sa femme et du complice de celle-ci.

Courses de chevaux — Pari à la cote — Pari mutuel — Agence — Autorisation — Commissaire.

L'administration et la magistrature rivalisent entre elles, depuis plusieurs années, pour réprimer la passion du jeu et moraliser les masses. Venus d'Angleterre, où ils sévissent avec violence sur toutes les classes de la société, les paris aux courses se sont rapidement développés en France, particulièrement à Paris, où ils étaient devenus, à un moment donné, une véritable plaie sociale.

Les jeux et paris ne sont pas, en soi, illicites. Seulement, le gagnant n'a pas, en général, d'action contre le perdant (art. 1965, C. civ.). Encore, y a-t-il exception à cette règle, pour les jeux propres à exercer aux fait des armes, les courses à pied et à cheval, les courses de charriot, etc... (art. 1966, C. civ.). Le fait de parier aux courses est donc innocent aux yeux de la loi pénale. La loi pénale n'intervient que dans le cas où il existe une maison de jeux de hasard, ou bien, dans celui où les jeux de hasard sont tenus dans les rues, chemins, places ou lieux publics. *Art.* 410, C. P. : « Ceux qui auront tenu une maison de jeux de « hasard et y aurait admis le public... seront punis d'un empri- « sonnement de deux à six mois et d'une amende de cent francs « à six mille francs » — Art. 475, n° 5 : « Seront punis d'amende, « depuis six francs, jusqu'à dix francs inclusivement, ceux qui « auront établi ou tenu dans les rues, chemins, places ou lieux « publics, des jeux de loterie ou d'autres jeux de hasard. » Voilà les textes.

Trois formes de paris sont en usage aux courses : le pari individuel, le pari à la cote et le pari mutuel. Le premier consiste à parier entre soi : il ne tombe pas sous le coup de la loi. Le pari à la cote se fait contre le bookmaker, qui crie la cote. La cote est l'évaluation des chances des chevaux engagés dans une

Digitized by Google

ceurse. Enfin le pari mutuel, au totalisateur, consiste en ce que chaque parieur, ayant choisi librement son cheval, reçoit de l'agence un billet constatant sa mise. Toutes les mises faites sur tous les chevaux engagés dans une course forment une masse, qui est partagée, sauf certaines retenues, entre les parieurs du cheval gagnant.

Il est aisé de voir que de ces trois formes de paris, c'est le pari à la cote qui laisse le moins de place au hasard, même pour le parieur ignorant des choses du sport, c'est-à-dire, pour l'immense majorité. Il ne faut pas croire que la cote dépende exclusivement du caprice du bookmaker : elle résulte des renseignements obtenus par celui-ci sur les antécédents du cheval, sur son entraînement, sur son état actuel. Les divers bookmakers qui criénl la cote se servent les uns aux autres de contrôle réciproque. Le pari mutuel c'est, au contraire, le hasard pur et simple. Sur un champ de courses, où il n'y aurait que le pari mutuel, la majorité des parieurs parierait en aveugle.

Les agences de pari mutuel furent d'abord poursuivies par application de l'art. 410, C. P., sur la tenue des jeux de hasard. Un arrêt de la Cour de cassation, du 18 juin 1875, rendu au rapport de M. le conseiller Saint-Luc Courborieux, pose le principe de la distinction qui plus tard fut étendue aux paris à la cote : « Attendu que, si des paris individuels, intervenus à l'oc-
« casion des courses de chevaux, peuvent, dans certains cas, ne
« pas être considérés comme des jeux de hasard, il en est autre-
« ment des paris reçus dans des agences ouvertes au public
« par X... : qu'en indiquant le cheval sur lequel ils plaçaient
« leurs mises, les parieurs qui fréquentent l'agence X... ne font
« pas acte d'appréciation personnelle plus ou moins réfléchie, de
« calcul de probabilité plus ou moins rationnel, de choix plus
« ou moins éclairé; qu'ils obéissent aveuglément au hasard et
« aux entraînements du jeu, quand ils placent leurs mises sur
« tel ou tel cheval, désigné sans discernement en dehors de
« toute combinaison de l'intelligence, qui serait basée sur des
« faits précis, ou des renseignements plus ou moins exacts. »
La Cour rejetait le pourvoi : l'agence de paris mutuels était condamnée définitivement (Trib. de la Seine, 27 août 1874 et

Digitized by Google

Paris, 31 décembre 1874, D. 1875, 2, 92). A cette époque les bookmakers n'étaient pas inquiétés : « Les paris individuels faits « sur le champ de course, entre personnes qui s'occupent no- « toirement de courses de chevaux et d'amélioration des races « chevalines ne sauraient être juridiquement assimilés aux jeux « de hasard. »

Plus tard, l'industrie des bookmakers ayant pris un développement considérable, et des plaintes nombreuses s'étant élevées, des poursuites furent dirigées contre eux, par application de l'art. 475-5° du Code pénal et même, à l'art. 410, quand ils avaient un véritable établissement. Dès le 5 janvier 1877, la Cour de cassation admettait que le pari de la cote, dans les conditions où il se produit, est un jeu de hasard tombant sous le coup de l'art. 410 P (D. 1878, 1, 91). Bien que cette solution ait été constamment affirmée par la jurisprudence, la passion du jeu a été plus forte que la loi, et les bookmakers, après des vicissitudes diverses, sont restés les maîtres du terrain. Voici comment l'arrêt du 8 décembre 1888 (D. 1889, 1, 81), qui ne fait que consacrer les principes déjà renfermés dans celui du 5 janvier 1877, motive la condamnation du bookmaker : « Attendu que les paris « individuels, dits paris à la cote, intervenus à l'occasion des « courses de chevaux, constituent nécessairement des jeux de « hasard, soit lorsqu'ils sont engagés avec des personnes étran- « gères aux habitudes des courses et incapables d'apprécier les « qualités des chevaux inscrits, soit lorsque les donneurs, « s'adressant indistinctement à la masse du public, offrent la « cote à tout venant; qu'en effet, dans ces circonstances, l'opé- « ration à laquelle se livrent les parieurs n'implique ni raison- « nement, ni calcul de combinaison. » La contravention consiste donc, ou à parier avec des gens incompétents, ou à offrir la cote à tout venant. Dans ce cas, en effet, le bookmaker parie nécessairement avec des gens étrangers aux habitudes des courses. Donc l'art. 475-5° lui est applicable. Ce serait au bookmaker à prouver, pour se soustraire à la condamnation, qu'il n'a parié qu'avec des gens experts en matière de chevaux et de courses, et que, par conséquent, il n'y a pas eu de jeu de hasard.

Nous approuvons pleinement cette solution. Nous ne pensons

Digitized by Google

pas que la présomption d'ignorance des choses du sport, posée par la Cour de cassation, soit en opposition avec les faits. Sans doute, le public des courses est, en bonne partie, un public spécial, professionnel. Mais la proportion des personnes entièrement ignorantes des qualités du cheval est, malgré cela, très forte. En fait, le bookmaker ne connaît pas la grande majorité de ses parieurs : il ne peut donc prétendre, pour se justifier, qu'il n'a joué qu'avec des gens experts. Dès lors il y a jeu de hasard et l'art. 475. 5e est violé. — (V. *contra :* Garraud, note dans l'arrêt du 8 décembre 1888, D. 89. 1. 8).

En même temps que le parquet poursuivait les bookmakers, sans avoir jamais pu les réduire, l'administration essayait de concilier les intérêts de la morale avec ceux des sociétés de courses, que la suppression du jeu menaçait de la ruine. Des autorisations étaient accordées à un certain nombre de sociétés, d'établir, sous certaines conditions, des agences de paris mutuels simples. Les conditions étaient généralement les suivantes : les mises ne pourront être inférieures à cinq francs : l'autorisation est personnelle ; elle ne peut être cédée ; l'assistance publique percevra un droit au prorata du montant des mises. Ces arrêtés s'appuient sur la loi du 21 mai 1836. Que ces arrêtés soient légaux, cela est contestable : car le pari mutuel ne paraît guère rentrer dans les termes de l'art. 5 de la loi de 1836. Mais la Cour de cassation, dans les espèces qu'elle a eues à juger récemment, a admis la légalité des arrêtés. Il existe donc des agences de pari mutuel autorisées : celles qui ne le sont pas continuent à tomber sous le coup de l'art. 410, C. P. Cela étant, une industrie nouvelle naquit et prit une rapide extension : en quelques semaines, Paris fut couvert d'une nuée de bureaux, tenus par des individus s'intitulant commissionnaires au pari mutuel. Ils faisaient métier de recueillir les mises, pour les porter, au nom de leurs clients, aux agences de pari mutuel autorisées par l'administration? Ils prétendaient ne pas tomber sous le coup de la loi, puisqu'agissant comme mandataires d'agences régulières, ils ne pouvaient être complices d'un délit qui n'existe pas. La Cour de cassation, cassant par un arrêt du 7 juin 1889, un arrêt de la Cour de Paris, du 30 octobre 1888, qui avait prononcé

Digitized by Google

une condamnation contre un commissionnaire au pari mutuel, semble admettre que ce moyen de défense pourrait bien être accueilli.

« Attendu, dit-elle, que devant la Cour d'appel, le prévenu « soutenait qu'il avait agi exclusivement comme commis- « sionnaire, se bornant, moyennant salaire, à recevoir les mises « et à les verser aux guichet de telle ou telle loterie autorisée; « que le fait ainsi articulé, impliquant simplement un usage « légitime du contrat de mandat, pouvait être, au cas où il aurait « été établi, de nature à déterminer la relaxe du prévenu. » — La Cour de Rouen, désignée comme Cour de renvoi, a statué dans le même sens et admis la validité du mandat. Partant, elle a relaxé le prévenu. (Rouen, 3 août 1889). Mais la Cour de Paris par un arrêt du 12 juin 1890 (D. 1890. 2. 254) a condamné un prétendu commissionnaire au pari mutuel, qui ne pouvait rapporter aucune preuve du mandat qu'il invoquait comme moyen de justification, et du reste, était convaincu d'avoir accepté des mises inférieures au minimum fixé par les arrêtés d'autorisation. Un jugement du tribunal de la Seine, en date du 6 août 1889, condamnait également, par ce double motif que les arrêtés rendus par l'autorité administrative ne confèrent l'autorisation aux sociétés de courses de tenir le pari mutuel que sur l'hippodrome et que l'autorisation étant personnelle ne peut être cédée. Il est vrai qu'on pourrait répondre que constituer un mandataire pour exercer un droit légitime en son lieu et place, ce n'est pas céder ce droit.

Quoiqu'il en soit, l'abus a cessé et toutes les agences de paris mutuels établies en dehors des champs de courses, ont disparu, frappées par un arrêté du ministre de l'intérieur, fort louable, mais difficile peut-être à concilier au point de vue des principes purs, aves les arrêtés d'autorisation concédés à certaines sociétés (Arrêté du 2 juin 1890). « Les sociétés de courses de chevaux, « dûment autorisées a organiser le pari mutuel simple sur leurs « hippodromes, seront rigoureusement astreintes à conduire per- « sonnellement ou par des employés spéciaux, agissant sur l'hip- « podrome pour leur compte et à leur place, toutes les opéra- « tions relatives aux paris. »

Digitized by Google

Peine — Durée. — Jugement par défaut — Opposition.

Le point de départ des peines temporaires est fixé, en principe, par l'art. 23 du Code pénal. Elles courent du jour où la condamnation est devenue irrévocable. L'art. 24 apporte à cette règle un adoucissement, en faveur des condamnés à l'emprisonnement qui subissent une détention préventive, dans une double hypothèse : *a*) Celle où le condamné n'a pas fait appel ni formé un pourvoi; *b*) Celle où la peine a été réduite sur l'appel ou le pourvoi du condamné. Dans ces deux cas, la peine court du premier jugement. Le motif en est que le condamné ne doit point pâtir de retards qui ne lui sont pas imputables.

L'art. 24 est muet sur le cas où un jugement ayant été rendu par défaut, le condamné par défaut aurait formé ensuite opposition et aurait obtenu la réduction de la peine prononcée contre lui par défaut.

La Cour de cassation a jugé que l'art. 24, C. P., n'est pas applicable au cas d'opposition. (Cass. 13 décembre 1888, *Journal D. crim.*, 1889, p. 168).

« Attendu que l'art. 24 du C. P. ne s'applique qu'au cas où « une peine d'emprisonnement est réduite sur l'appel du pré- « venu et qu'il ne contient aucune disposition analogue pour les « oppositions formées aux jugements par défaut.....; qu'aux « termes de l'art. 188 du Code d'instr. crimin., tout jugement « frappé d'opposition est considéré comme non avenu », et, par conséquent, ne peut être considéré comme susceptible d'être exécuté.

Nous pensons, au contraire, que les règles favorables posées pour le cas d'appel ou de pourvoi en cassation, doivent être appliquées par analogie de motifs au cas d'opposition. L'intérêt de la question se présentera dans l'hypothèse suivante.

Un individu est condamné par défaut à l'emprisonnement, faute de comparaître. Signification lui est faite à domicile de ce jugement. Il ne forme pas opposition à ce jugement dans le délai légal. Après cinq jours, le jugement est devenu exécutoire. Il peut désormais servir de base à un véritable emprisonnement. Donc si le condamné est ensuite arrêté, en vertu de ce jugement,

Digitized by Google

et qu'il use du droit d'opposition que la loi lui accorde, même passé les délais (art. 187, 3e al.), et que sur son opposition la durée de l'emprisonnement soit réduite, pourquoi ne pas appliquer la règle de l'art. 24, C. P., et ne pas compter, dans la peine, l'emprisonnement qu'il a subi, en exécution du premier jugement, entre le moment de son arrestation et celui du jugement sur opposition? La faculté d'opposition exceptionnellement accordée, dans ce cas (187, 3), ne suspend pas l'effet de la condamnation par défaut, car nonobstant cette faculté d'opposition, la prescription de la peine est substituée à celle de l'action publique. L'opposition est un droit pour le condamné par défaut, de même que l'appel est un droit pour tout condamné correctionnel. Faire défaut ne peut être considéré comme une faute. C'est également un droit pour tout inculpé. Pourquoi refuser à celui qui a usé du droit de faire opposition la faveur accordée à celui qui a usé de droit de faire appel; il y a analogie de situation. Il est vrai que la loi est muette sur le cas d'opposition. Cela tient à ce que l'hypothèse dans laquelle nous nous plaçons sera assez rare dans la pratique : le législateur a statué sur le *plerumque fit*. Mais il n'a pas exclu formellement l'opposition : dès lors, le doute doit s'interpréter, le cas échéant, en faveur du condamné. (*Sic* : Orléans, 27 juillet 1870, D. P. 1871. 2. 20).

E. GARDEIL.

Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet 1889,

Par M. Ch. Tessoud, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

1. La loi du 24 juillet 1889 a, dans ses art. 1 et 2, organisé la déchéance, tantôt obligatoire et tantôt facultative de la puissance paternelle. Il y a là une très intéressante innovation, dans notre Droit civil, plutôt peut-être au point de vue des applications des principes, qu'au point de vue des principes eux-mêmes.

Depuis bien longtemps, les commentateurs de nos lois civiles ont fait remarquer que la conception de la puissance paternelle, dans notre Code, n'est plus celle du Droit romain et des provin-

Digitized by Google

ces de Droit écrit. C'est, avant tout, la conception du Droit coutumier, avec de nouvelles atténuations. (Voir Glasson, *Éléments du Droit Français*, t. I, p. 236; Demolombe, *De la Puissance paternelle*, p. 201 et suiv.). La puissance paternelle du Droit français moderne n'est pas établie dans l'intérêt exclusif des père et mère, mais surtout au profit des enfants et, nous ajoutons, au profit de l'Etat auquel il importe que l'ordre règne dans la famille, comme dans la cité. Elle entraîne à sa suite un droit ou plutôt un ensemble de droits. Mais elle est aussi un pouvoir de protection et implique un ensemble de devoirs.

Cette évolution sociale est trop connue, pour qu'il soit nécessaire de la suivre ici dans tous ses détails et nous n'insisterons pas sur des idées qui sont aujourd'hui dans le domaine public.

De la conception nouvelle de la puissance paternelle, il devait forcément résulter que l'autorité des parents ne pouvait plus être absolue. Elle serait désormais contrôlée, et si elle s'exerçait contre les enfants au lieu de s'exercer pour eux, les tribunaux interposeraient leur autorité.

Le Code civil n'avait cependant pas parlé de ce contrôle judiciaire, dont le Premier consul s'était préoccupé durant la discussion. Aucune disposition légale, si ce n'est en matière de séparation de corps et de divorce, n'y faisait allusion. Notamment, il n'y avait pas de texte qui permît aux tribunaux, en cas d'indignité des parents, de les dépouiller de leur autorité. A coup sûr, en ce qui touche la déchéance, la jurisprudence ne pouvait suppléer au silence de la loi. La déchéance est une mesure trop grave, pour pouvoir être prononcée, en l'absence d'un texte formel et sur de simples inductions tirées des travaux préparatoires. Quand une autorité repose sur une disposition légale précise, qui n'est elle-même que l'expression du Droit naturel, on ne saurait admettre que le juge ait le droit de la détruire, quelque favorables que soient les circonstances, si la loi ne lui en a pas donné le pouvoir. L'impossibilité de priver de la puissance paternelle les parents indignes avait toujours paru évidente à la Cour de cassation. Aussi toutes les fois qu'elle avait à statuer sur un arrêt intervenu pour réformer les abus de la puissance paternelle, elle avait grand soin, tout en approuvant le contrôle exercé

Digitized by Google

par les tribunaux, d'insister sur l'idée du maintien de la puissance paternelle que la loi ne permettait pas d'enlever aux parents. (Req. 3 mars 1856, *J. du P.* 1856. II. 266).

Les tribunaux pouvaient donc apprécier la manière dont les parents exerçaient leur autorité. Ils prenaient des mesures de protection particulières et de détail; il leur était interdit d'aller jusqu'à prononcer la déchéance.

2. Le Code pénal modifia ou pour mieux dire compléta le Code civil par la disposition de l'art. 335, § 2. Les parents coupables d'excitation à la débauche furent déchus de plein droit de la puissance paternelle. Il est à remarquer que cette déchéance n'était que relative et qu'elle ne concernait que les rapports des parents avec l'enfant victime du délit.

Plus tard, le législateur introduisit un nouveau cas de déchéance de la puissance paternelle, mais un cas de déchéance facultative et non obligatoire pour les tribunaux. Ce fût l'objet de la loi du 7 décembre 1874 sur la protection des enfants employés dans les professions ambulantes. Les parents coupables d'avoir livré leurs enfants ou de leur avoir imposé les professions indiquées dans cette loi pouvaient être déclarés déchus de la puissance paternelle.

La loi du 24 juillet 1889 a été le terme de l'évolution, commencée lors du Code pénal et continuée par la loi de 1874.

3. En dehors des hypothèses exceptionnellement graves, prévues par le Code pénal et par la loi de 1874, que pouvaient faire et que faisaient les tribunaux? Ils ne portaient pas la main sur ce que l'on pourrait appeler le titre de la Puissance paternelle et l'ensemble de ses prérogatives. Nous faisions même remarquer plus haut, en citant l'arrêt de la Chambre des requêtes du 3 mars 1856, qu'ils se défendaient toujours dans leurs décisions d'avoir prononcé une déchéance. Mais on distinguait entre les divers attributs de la puissance des parents. On neutralisait ceux dont ils avaient usé au détriment de l'enfant. On allait parfois jusqu'à annuler certains actes de l'autorité paternelle. Nous ne voulons pas analyser ici les décisions, assez nombreuses, rendues en vertu du droit de contrôle que la jurisprudence s'était arrogé. Toutes invoquent le même argument. L'autorité des

Digitized by Google

parents ne peut pas être absolue : établie en faveur des enfants, elle ne peut être exercée contre eux. On peut dire que les tribunaux ont eu à intervenir dans deux circonstances principales : ils ont eu d'abord à réprimer un abus du droit de surveillance. Parfois, il est arrivé qu'à la suite de dissentiments de famille, un père ou une mère se sont opposés à toutes relations entre leurs enfants et leurs aïeuls et aïeules. Les prohibitions ainsi prononcées par l'autorité paternelle ont été mises à néant par l'autorité judiciaire, comme contraires aux devoirs de famille, à l'*officium pietatis*. « Les maintenir, disait la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 juillet 1857 (Civ. Cass. 8 juillet 1857, *J. d. P.* 1857, p. 997), ce serait tout à la fois compromettre l'intérêt des enfants et blesser des devoirs ou des convenances morales qui devraient être respectés. » La jurisprudence était encore allée plus loin. Elle n'avait pas hésité, à diverses reprises, à enlever à une mère destituée de la tutelle pour cause d'inconduite notoire, la garde et la surveillance de ses enfants (Cass. Req. 27 janvier 1879, *J. du P.* 1879, p. 1208).

La Cour de cassation, dans le même ordre d'idées, avait sinon enlevé du moins paralysé le droit d'émancipation du père. C'était en matière de séparation de corps. Le tribunal avait décidé que les filles mineures des époux séparés seraient placées dans une maison d'éducation où elles pourraient être visitées par leurs père et mère. Le père, chez lequel se trouvaient les jeunes filles, avait imaginé de les émanciper, pour se soustraire à l'obligation de les conduire au couvent. La Chambre des requêtes jugea le 4 avril 1865 (*J. d. P.* 1865, p. 625) que si le père avait valablement émancipé ses filles, l'émancipation n'avait cependant pu produire que « ceux de ses effets légaux non contraires à ce qui avait été précédemment ordonné par la justice ». Le père perdait ainsi sinon le droit d'émanciper ses enfants, du moins la possibilité de neutraliser par l'émancipation les mesures prises dans leur intérêt.

Ajoutons enfin qu'en matière de jouissance légale, MM. Aubry et Rau enseignaient que les tribunaux pouvaient, sans en déclarer déchu le père ou la mère, prendre toutes précautions utiles pour assurer l'accomplissement des charges dont cette

Digitized by Google

jouissance légale est grevée. (Voir tome VI, § 550 *bis*, note 37, p. 93).

4. On ne pouvait qu'approuver cette jurisprudence. Elle avait en sa faveur la tradition des pays de coutume. (Merlin, *Rép.* t. IV, v° *Education* § 1, t. X, v° *Puissance paternelle*, sect. III, § 1). Elle était fondée sur les travaux préparatoires du Code civil, qui révèlaient à diverses reprises l'intention du législateur de ne pas restaurer ce que M. Réal avait appelé le despotisme paternel. Elle se justifiait par la nécessité. On ne pouvait laisser sans protection les enfants que leurs parents ne protégeaient pas. Il fallait tantôt les soustraire à la contagion des mauvais exemples domestiques, tantôt empêcher qu'ils ne devinssent les victimes des animosités et des querelles de famille de leurs parents. Les textes eux-mêmes venaient à l'appui des décisions des tribunaux. L'art. 444, C. civ., avait permis de destituer de la tutelle les personnes d'une inconduite notoire. La loi n'ayant pas distingué, cette disposition devait s'appliquer au père et à la mère investis de la tutelle légale. La raison, d'après M. Demolombe (*Puiss. pat.*, n° 274), exigeait qu'on l'étendît aussi, par une sorte d'application utile, au père durant le mariage, car « il serait inoui que le père conservât la garde de ses enfants, alors qu'un tuteur étranger ne conservait pas la garde d'un mineur ». Enfin, le Code civil, en matière de divorce et de séparation de corps, avait autorisé les tribunaux à priver du droit de garde les parents qui s'en seraient montrés indignes. Ce qui était possible en cas de divorce ou de séparation de corps, devait l'être aussi, quand l'enfant n'avait plus que son père ou sa mère, quand ceux-ci déjà séparés de fait s'abstenaient de recourir à la séparation ou au divorce, au cas enfin où tous deux étaient assez dénaturés pour se servir de la puissance paternelle contre leurs enfants. N'eût-il pas été étrange de dire que les tribunaux ne pouvaient accorder leur protection aux enfants et intervenir en leur faveur qu'à la condition expresse que leurs parents fussent engagés dans une instance de séparation de corps ou de divorce ?

La théorie qui précède avait rallié en France la presque unanimité des auteurs et des arrêts. (Voir outre les autorités citées

Digitized by Google

plus haut, MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 95, 96. — Demante, t. II, n° 114 *bis*). M. Laurent est généralement cité comme le seul auteur contemporain qui ait contesté à l'autorité judiciaire le droit d'intervenir dans l'exercice de la puissance paternelle et d'en réprimer les excès. (*Principes de droit civil*, t. IV, n° 292). Sa véritable pensée a du reste été exagérée. M. Laurent insiste surtout, dans le passage que l'on a coutume de citer, sur l'impossibilité de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, en dehors des hypothèses expressément prévues par la loi. Se méprenant sur la doctrine de MM. Demolombe et Demante, il croit que ces auteurs ont élargi le droit de contrôle des tribunaux, jusqu'à leur permettre d'enlever aux parents toute autorité. Il proteste contre la jurisprudence française qu'il accuse à tort d'être entrée dans cette voie radicale. Mais il admet les mesures de détail tendant à établir un *modus vivendi* et à écarter les abus de la puissance paternelle. M. Laurent approuve notamment l'arrêt souvent invoqué de la Cour de Caen du 31 décembre 1811, sur le droit de garde, et il s'approprie à cette occasion l'argumentation de la Cour de cassation et des auteurs français : « Le père qui maltraite son enfant, dit-il (p. 371), n'exerce pas l'autorité paternelle; il en abuse. Si la loi oblige l'enfant à résider dans la maison paternelle, c'est pour que le père puisse remplir son devoir. Or le père qui, au lieu d'élever son enfant, le soumet à de mauvais traitements viole son devoir. Dès lors, les tribunaux ont le droit d'intervenir en faveur de l'enfant. Ils ne déclareront pas le père déchu de son autorité; le père la conservera; il pourra toujours diriger l'éducation de son enfant. Seulement, on le met dans l'impossibilité de le maltraiter. La puissance paternelle est avant tout un devoir. La justice peut intervenir pour en garantir l'accomplissement soit en forçant l'enfant à rentrer dans la maison paternelle, soit en autorisant l'enfant à la quitter. » Nous avons tenu à citer ce long passage, pour montrer que le jurisconsulte belge n'est pas, comme on l'a cru, hostile au contrôle judiciaire des actes de la puissance paternelle.

5. Tel était l'état du droit avant la loi du 24 juillet 1889. On pourrait le résumer dans les formules suivantes: La puissance paternelle n'était pas absolue et sans contrôle. Comme le disait la

Digitized by Google

Cour de cassation, en 1857, le père était le premier juge de l'éducation morale et physique de ses enfants, mais il n'en était pas le juge unique et souverain. « En toute matière, ajoutait l'arrêt, il est permis de recourir à l'autorité des tribunaux et de leur demander d'examiner, d'après la connaissance qu'ils peuvent avoir de la position respective des parties ou d'après les faits qui sont soumis à leur appréciation, s'il y a eu exagération ou abus dans cet exercice de la puissance paternelle et si elle doit être ramenée dans les limites du droit. » Sans doute, la déchéance n'était encourue que dans les cas extrêmes, soit en vertu du Code pénal, soit en vertu de la loi de 1874. Mais, à côté des cas extrêmes, il y en avait d'autres jugés assez intéressants et assez graves, pour que les excès de la puissance paternelle fussent judiciairement réprimés. Les décisions ainsi rendues ne constituaient pas du reste un état de choses irrévocable. Les circonstances changeant, les mesures essentiellement provisoires qui avaient été prescrites pouvaient être soit rapportées, soit modifiées.

6. Quelle a été, dans cette matière, l'influence de la loi du 24 juillet 1889?

La question s'est déjà posée, devant les tribunaux, et elle a été résolue deux fois. (Poitiers 21 juillet 1890, Tribunal de Tounouse, 3 juillet 1890, *Gazette des tribunaux*, 7 octobre 1890).

Il est certain qu'aujourd'hui la puissance paternelle peut être enlevée, sinon définitivement, du moins complétement et à l'égard de tous leurs enfants, aux parents indignes. Nous n'avons pas à rechercher ici dans quels cas la déchéance est obligatoire et dans quels cas elle est facultative. (Voir sur cette question Cass. 8 mars 1890, Dalloz. 1890, 1re partie, p. 233).

Mais on peut et on doit se demander si le juge peut prendre un moyen terme entre le maintien de la puissance paternelle et la déchéance. Peut-il, comme avant la loi de 1889, se borner à paralyser chez les parents telle ou telle pérogative dont l'exercice serait funeste aux intérêts moraux et matériels de l'enfant ? N'y a-t-il plus au contraire de possible que la solution radicale de la déchéance ?

Tel est le problème.

Digitized by Google

Si on l'envisage uniquement à un point de vue rationnel, en faisant abstraction des considérations purement juridiques, voici, ce nous semble, ce que l'on est amené à dire et ce qu'aurait certainement dit le législateur, s'il avait eu à s'expliquer.

Il y a une mesure possible dans l'appréciation des fautes des parents, qui ne peuvent pas toujours avoir la même gravité. Il y a des degrés du médiocre au pire. Les intérêts moraux et matériels des enfants peuvent ne pas nécessiter la déchéance, remède extraordinaire et presque infamant, et exiger simplement que les parents soient privés de leur droit de garde et de surveillance ou que tel acte abusif de leur autorité soit mis à néant. Les dispositions de la loi doivent s'adapter à l'infinie variété des circonstances et la répression doit être proportionnée aux actes qu'il s'agit de réprimer. Si l'on pose en règle que la puissance paternelle est moins un droit qu'un pouvoir de protection et qu'elle est soumise au contrôle des tribunaux, il faut admettre aussi que le juge n'est pas placé entre deux alternatives extrêmes : le maintien ou la déchéance de l'autorité des parents, et qu'il peut prendre des demi-mesures, des partis intermédiaires, conciliant les égards qui sont dus aux parents et les intérêts des enfants.

7. Les deux décisions judiciaires précitées déclarent cependant que, depuis la loi du 24 juillet 1889, les tribunaux doivent, dans ces matières délicates, suivre la politique du « tout ou rien », maintenir intacte ou enlever dans son entier la puissance paternelle, mais qu'ils ne peuvent plus, comme autrefois, l'atténuer ou la modérer. « Attendu, dit l'arrêt de Poitiers, qu'il est certain que la loi de 1889 est introductive d'un droit nouveau qui modifie sur des points essentiels les principes admis jusqu'à ce jour, sous l'empire du Code civil ; qu'elle autorise, en effet, les tribunaux ou les oblige, selon les cas, à prononcer contre les père et mère indignes la déchéance de l'autorité paternelle, en spécifiant que cette déchéance ne peut être que générale et pour la totalité des droits ; qu'elle retire ainsi aux juges le droit de toucher à la puissance paternelle, pour seulement la restreindre ou la modifier suivant la diversité des espèces et la variété des intérêts. » La Cour de Poitiers ajoute que les nouvelles disposi-

Digitized by Google

tions législatives emportent virtuellement abrogation de toutes dispositions contraires et incompatibles et que les tribunaux ne peuvent plus enlever aux père et mère les attributs de la puissance paternelle, dans la mesure commandée par l'intérêt de l'enfant. » Notons qu'il s'agissait, dans l'espèce soumise à la Cour de Poitiers, d'un père séparé de corps, auquel la garde de son enfant avait été enlevée par le jugement et qui, après la mort de sa femme et une décision le destituant de la tutelle, revendiquait l'enfant contre ses ascendants maternels.

Le tribunal de Toulouse fait le même raisonnement. « La loi nouvelle aurait eu pour conséquence de remplacer les diverses mesures admises en pareil cas, comme tempérament au défaut de texte, sous le Code civil et, devenue désormais la seule règle sur la matière, elle supprimerait, hors des cas qu'elle prévoit, la possibilité de toute mesure intermédiaire ».

8. Si l'on veut résumer la doctrine de l'arrêt et du jugement, on peut donner la formule suivante : La loi du 24 juillet 1889 forme un ensemble, contenant toutes les dispositions relatives au contrôle judiciaire de la puissance paterdelle. Elle n'a pas prévu la déchéance partielle, mais seulement la déchéance totale. Il n'y a donc plus que la déchéance totale de possible et les mesures partielles sont désormais interdites aux tribunaux.

Nous désirerions présenter quelques critiques contre la jurisprudence qui tend à se former. Nous estimons que la doctrine proposée, dangereuse au point de vue social, est également contestable au point de vue juridique.

Il nous semble d'abord qu'elle est en absolu désaccord avec l'esprit de la loi de 1889. Le législateur a voulu fortifier et non restreindre le contrôle judiciaire de la puissance paternelle. Il résulte du rapport de M. Gerville-Réache, du 12 janvier 1889, que la loi nouvelle a surtout pour but de combler une lacune de la législation antérieure; que les cas de déchéance totale de la puissance paternelle n'ayant été prévus que partiellement dans le Code pénal et dans la loi de 1874, il y avait lieu d'en établir la liste définitive et d'en régler l'application. Il n'a été fait aucune allusion à la jurisprudence antérieure que l'on aurait, dit-on, voulu condamner. La vérité est que l'on a permis aux

Digitized by Google

tribunaux de faire plus qu'ils ne faisaient, mais on ne leur a pas interdit de faire moins et de prendre les mesures moins radicales qu'ils avaient cru jadis pouvoir prendre en certains cas. Nous ne voyons pas très nettement où serait l'incompatibilité prétendue entre le maintien de la jurisprudence analysée plus haut et l'application de la nouvelle loi.

La jurisprudence de Poitiers et de Toulouse, si elle était admise, ferait tourner au détriment des enfants les dispositions législatives introduites dans leur intérêt. Il faut des faits très graves pour que la déchéance soit encourue : le rapporteur de la loi déclare même que les parents doivent être manifestement indignes.

Si les tribunaux ne peuvent plus prononcer que la déchéance, dans beaucoup de cas, ils ne pourront rien prononcer du tout et les enfants qui, avant la loi, auraient été protégés par la justice, ne seront plus protégés grâce à la loi.

Mais, a-t-on dit, la loi du 24 juillet 1889 constitue un ensemble complet. Elle est la loi et la loi unique désormais du contrôle par les tribunaux de la puissance paternelle. C'est à ses dispositions qu'il faut recourir, dès qu'il s'agit d'apprécier le mode d'exercice de l'autorité des parents. « Les nouvelles dispositions législatives emportent virtuellement abrogation de toutes dispositions antérieures incompatibles. »

Cette considération ne nous semble pas décisive. Le législateur de 1889 n'a jamais songé à condamner la jurisprudence suivie jusqu'alors. Il n'y a pas fait allusion dans le texte ; il n'en a rien été dit dans les travaux préparatoires. En fait, cette jurisprudence a plutôt été fortifiée qu'ébranlée.

D'autre part, sur quoi se fondait-elle ? Avant tout sur un principe et accessoirement sur quelques analogies de texte. Le principe était que l'autorité des parents n'était pas absolue, qu'elle devait s'exercer pour les enfants et que, si elle s'exerçait contre eux, le juge devait intervenir pour eux. On ne peut soutenir, sans aller contre l'évidence, que le principe ait cessé d'être vrai depuis la loi de 1889. Les tribunaux avaient aussi, à l'exemple des auteurs, argumenté par analogie de certains textes, tels que l'art. 302 et l'art. 444 du Code civil. Ces textes existent tou-

Digitized by Google

jours; leur autorité est toujours la même. Et nous répéterons encore qu'il n'est pas admissible que la justice ne puisse prendre de mesures sur la garde, l'éducation et la surveillance des enfants qu'à la condition expresse que leurs parents seront engagés dans un procès de séparation de corps ou de divorce.

Du reste, la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire n'admet-elle pas des pénalités, légères, il est vrai, mais enfin des pénalités, contre les parents qui n'assurent pas la fréquentation par leurs enfants d'une école publique ou privée? N'y a-t-il pas là une intervention partielle, dans le mode d'exercice de la puissance paternelle? On ne s'expliquerait pas que pour des faits plus graves, insuffisants cependant pour motiver une déchéance de l'autorité des parents, la société fût complétement désarmée? Tolérerait-on par exemple qu'un père s'opposât à toutes relations entre ses enfants et leurs ascendants maternels? Il n'y a pas là assurément matière à déchéance dans le sens de la loi de 1889. Cependant, il semble nécessaire d'empêcher un abus d'autorité ayant pour conséquence la rupture de liens de famille respectables.

On pourrait cependant, en favenr de la jurisprudence, invoquer un incident des travaux préparatoires. Le rapport au Conseil d'Etat de M. Courcelle-Seneuil nous apprend que cette assemblée avait examiné la question de savoir si, à côté de la déchéance totale, il convenait d'admettre la déchéance partielle. Le problème avait été résolu négativement. « Le Conseil d'Etat n'a pas compris, dit M. Courcelle-Seneuil, qu'on pût être père à demi ou au tiers ou au quart. Pour que la condition de l'enfant soit stable, il faut qu'il soit placé sous l'une ou l'autre puissance et que celle du père soit entière ou ne soit pas ». (*Journal Officiel*, annexes 1888, page 726). Nous ne pensons pas que ce document justifie l'arrêt de Poitiers, comme on pourrait le croire. D'abord, M. Courcelle-Seneuil peut n'avoir exprimé qu'une opinion individuelle. Ensuite, quand nous demandons pour les tribunaux le droit de prendre des mesures de détail pour réprimer certains abus de l'autorité des parents, nous ne revendiquons, en aucune manière, le droit de prononcer une déchéance même partielle de la puissance paternelle. Il ne s'agit toujours que du

Digitized by Google

contrôle par la justice des actes des parents. Du reste, avant la loi nouvelle, la déchéance partielle n'était pas plus possible qu'aujourd'hui. Cela n'empêchait pas les magistrats d'intervenir, tout en se défendant vivement dans leurs décisions d'avoir touché au principe et au titre de la puissance paternelle. Ils n'en prononçaient pas la déchéance, mais ils la contrôlaient et en réprimaient les abus.

Nous croyons, en résumé, que la nouvelle loi n'a fait que consacrer d'une manière plus éclatante le principe du contrôle judiciaire de la puissance paternelle. Mais l'exercice de ce contrôle ne comporte pas que des solutions radicales ; il ne fait pas obstacle aux tempéraments et aux solutions intermédiaires. Les tribunaux continuent à pouvoir prescrire, en cas de besoin, des mesures pour la garde et la surveillance des enfants, et si les parents sont réellement indignes, ils peuvent les déclarer déchus de la puissance paternelle. CH. TESTOUD.

DU CHANGEMENT DE NATIONALITÉ DES MINEURS,

Par M. AUDINET, agrégé près la Faculté de droit d'Aix.

Le changement de nationalité est un acte volontaire, il suppose chez celui qui l'accomplit une volonté juridiquement efficace : le mineur doit donc en être incapable. Cependant, dans bien des cas, il peut lui être utile d'acquérir une nationalité nouvelle. Il est des droits attachés à la nationalité, dont l'exercice ne saurait être différé sans dommage jusqu'à la majorité, ou même, à cette époque sera devenu impossible. Faut-il alors admettre que le mineur puisse changer de nationalité, comme il accomplit les autres actes de la vie civile, sinon par lui-même, du moins par l'intermédiaire de ses représentants, son père ou son tuteur? D'autre part, lorsque le père lui-même en change, l'intérêt du mineur ne sera-t-il pas, presque toujours, de partager en droit, comme il la partage en fait, la même patrie?

De la lettre et de l'esprit du Code civil, et des diverses lois sur la naturalisation qui s'étaient succédées depuis 1790 jusqu'à 1867, il résultait qu'en droit français un mineur était absolument inca-

Digitized by Google

pable de changer de nationalité, soit seul, soit en même temps que son père; il conservait forcément celle qu'il tenait de sa naissance. C'était un système simple, rationnel, mais qui ne tenait aucun compte des divers intérêts que nous indiquions tout à l'heure. Depuis 1874, il est vrai, trois lois successives avaient apporté certaines exceptions au principe. La loi du 26 juin 1889 est allée plus loin : elle a reconnu aux mineurs, d'une façon beaucoup plus large que par le passé, le droit d'acquérir la nationalité française; elle a décidé qu'ils seraient, de plein droit, compris dans la naturalisation obtenue en France par leur père. On doit cependant regretter que le législateur, préoccupé de donner satisfaction à des besoins que la pratique avait révélés, n'ait pas consacré une théorie harmonieuse dans toutes ses parties, et qu'il ait laissé subsister plusieurs règles différentes pour des hypothèses en réalité identiques.

Nous nous proposons d'exposer le système du Code civil, tel que la nouvelle loi l'a modifié[1], en étudiant successivement ces deux questions :

1° Un mineur peut-il individuellement changer de nationalité ?

2° L'enfant mineur change-t-il de nationalité en même temps que son père[2] ?

§ 1er.

UN MINEUR PEUT-IL INDIVIDUELLEMENT CHANGER DE NATIONALITÉ ?

Le changement de nationalité comprend la perte d'une nationalité préexistante et l'acquisition d'une nationalité nouvelle. La capacité nécessaire à ces deux points de vue doit être déterminée

[1] Nous indiquerons les articles modifiés du C. civ. par les lettres N. R. (Nouvelle Rédaction).

[2] Nous ne parlerons pas de l'effet que produit une annexion territoriale sur la nationalité des mineurs. Le changement de nationalité étant alors involontaire s'impose même aux incapables. L'exercice du droit d'option offre seul, pour les mineurs, quelque difficulté. Nous pensons qu'il devrait être retardé jusqu'à leur majorité. Cette solution est d'ailleurs en harmonie avec la nouvelle loi. Nous n'insisterons pas autrement sur cette question, qui a déjà été fréquemment étudiée.

Digitized by Google

par la loi du pays auquel la personne a jusqu'alors appartenu. Il en est ainsi, sans nul doute, pour la perte de la nationalité ancienne, mais la même règle doit s'appliquer à l'acquisition de la nationalité nouvelle. Jusqu'au moment où elle est réalisée, la loi de la patrie qui est encore la sienne régit la capacité de la personne. D'ailleurs, si un individu incapable d'après la loi de son pays, était admis par la loi d'un autre Etat à acquérir une nouvelle nationalité, il en aurait ainsi deux à la fois. Pour éviter ce conflit, il faut que sa capacité dépende, sous les deux rapports, d'une même loi : celle qui la régit d'une façon générale.

La loi française doit donc décider si un mineur français est capable de changer de nationalité, et, par conséquent d'en acquérir une étrangère.

La loi étrangère, au contraire, doit décider si un mineur étranger est capable d'acquérir la nationalité française, en ce sens du moins, qu'elle ne devrait jamais être acquise à une personne incapable d'après sa propre loi. Cependant nos lois, celle du 26 juin 1889 plus encore que ses devancières, ont cru pouvoir faire abstraction des lois étrangères pour régler la capacité requise de celui qui veut devenir français.

Demandons-nous d'abord si un mineur français peut changer de nationalité : c'est là le domaine propre de la loi française.

Nous verrons ensuite si un mineur étranger peut acquérir la nationalité française.

I. — *Un mineur français est-il capable de changer de nationalité?*

Le mineur français est entièrement incapable de changer de nationalité, par lui-même ou par l'intermédiare de ses représentants légaux. Aucun texte ne le dit en propres termes, mais cela résulte suffisamment des principes. Le mineur, en effet, est incapable de faire, par lui-même, aucun acte civil (C. civ., art. 450 et 1124); son père ou son tuteur les accomplissent en son nom, et il a ainsi la jouissance des droits que son âge ne lui permet pas d'exercer. Or le Code ne prévoit nulle part que le père ou le tuteur puisse, en agissant au nom du mineur, changer sa nationalité. Il est vrai que, d'après l'art. 450, le tuteur représente le mineur dans *tous* les actes civils; on pourrait soutenir que le changement de natio-

Digitized by Google

nalité s'y trouve compris; mais si la loi avait voulu permettre au tuteur un acte si grave, comment ne l'aurait-elle pas entouré des mêmes garanties que d'autres bien moins importants; comment n'aurait-elle pas même exigé l'autorisation du conseil de famille? Du reste, et c'est le point capital, l'art. 450 doit s'entendre avec un tempérament : le tuteur ne représente le mineur dans les actes civils que si leur nature même ne s'y oppose pas. Il est en effet certains actes qui ne peuvent être accomplis par l'intermédiaire d'un représentant légal [1]; ce sont les actes qui supposent l'appréciation libre de ceux qu'ils concernent : actes qui engagent la personne, comme le mariage, la reconnaissance d'enfant naturel, ou l'engagement dans l'armée [2]; actes de disposition gratuite sur les biens, comme le testament ou la donation, (C. civ. art. 903-904); contrat de mariage (art. 1398). Pour les droits de cette nature, l'exercice et la jouissance sont inséparables. Le mineur, incapable de les exercer, est pareillement incapable d'en jouir. Or, le changement de nationalité rentre dans cette dernière catégorie. Le changement de nationalité doit être essentiellement libre; nul ne peut y être contraint. Or, si le père ou le tuteur pouvaient le faire au nom du mineur, ils lui imposeraient, même malgré lui, un changement auquel il n'aurait pas consenti. Le choix entre deux patries suppose une appréciation individuelle; c'est un engagement de la personne elle-même et une abdication de droits beaucoup plus grave que dans le testament ou la donation.

La loi pourvoit dans la plupart des cas à ce que le mineur, lorsqu'il a quelque intérêt à en jouir, ne soit pas privé des droits que son tuteur ne peut exercer en son nom. Elle l'autorise à faire lui-même, à un âge voisin de sa majorité, les actes pour lesquels ses représentants ne sauraient le remplacer. Ainsi le mineur, à l'âge de 15 ou 18 ans a le droit de se marier et de faire son contrat de mariage; à 16 ans, il a une demi-capacité pour le testament; à 18 ans, il peut s'enrôler dans l'armée. Pareille exception n'aurait sans doute pas été inutile en matière de natio-

[1] Il est de ces actes qui peuvent être faits par un représentant conventionnel. C'est le cas du changement de nationalité. Décret du 13 août 1889, art. 6.

[2] Loi du 15 juillet 1889, art. 59.

Digitized by Google

nalité; mais ni le texte primitif du C. civ., ni la loi du 26 juin 1889 ne l'ont faite. Nous restons donc en présence du principe que le mineur ne peut changer de nationalité par lui-même ou par ses représentants.

Les raisons que nous avons indiquées ne s'appliquent pas au mineur émancipé comme au mineur ordinaire, puisqu'il n'est pas représenté dans les actes civils, et qu'il les fait lui-même, assisté de son curateur; mais pour lui la capacité est l'exception; il suffit que la loi n'y ait pas expressément compris le changement de nationalité pour que nous devions maintenir la règle.

Cette règle, d'ailleurs, sans être formulée en termes généraux, a été plusieurs fois appliquée par la loi. La loi du 7 février 1851 décidait que l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, français de naissance, pouvait réclamer la qualité d'étranger, mais seulement dans l'année qui suit sa majorité. C'est aussi au même âge, d'après le nouvel art. 12 du C. civ., que l'enfant qui est devenu français par suite de la naturalisation de son père peut abdiquer cette qualité. Cela montre bien qu'un Français doit être majeur pour disposer de sa nationalité [1].

De là résultent les conséquences suivantes :

1° Le mineur ne peut acquérir une nationalité étrangère, soit par la naturalisation, soit, sur sa demande, par l'effet de la loi; ou, du moins, s'il l'a acquise, il ne perd pas la nationalité française.

Plusieurs lois étrangères, en effet, permettent au mineur de se faire naturaliser avec le consentement de son père ou de son

[1] Laurent, *Droit civil international*, t. 3, p. 450. — de Folleville, *De la naturalisation*, p. 313. — Cogordan, *La nationalité* (2e éd.), p. 179. Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé* (1re éd.), pp. 94, 172, 190, 201. — Despagnet, *Précis de droit international privé*, p. 170. — Vincent, *La loi sur la nationalité. Lois nouvelles*, 1889, n° 22-23, pp. 890, 896, 900 902. — Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, p. 677.

Cass. 19 août 1874, Dal. 1875. 1. 151. — Lyon, 19 mars 1875, Dal. 1877. 2. 66. — Paris, 5 août 1886, Dal. 1887. 2. 14. Cass. 26 février 1890 *Journal du droit intern. pr.* 1890, p. 117. Aux termes de ce dernier arrêt, la nationalité trançaise est perdue, si le français naturalisé à l'étranger ratifie, après sa majorité, l'acte accompli pendant sa minorité.

Digitized by Google

tuteur : notamment celles de l'Autriche, de la Hongrie et de l'empire d'Allemagne [1].

En Belgique, la loi toute récente du 16 juillet 1889 autorise les enfants nés dans ce pays de parents étrangers à faire, dès l'âge de 18 ans, la déclaration qui leur confère la nationalité belge, d'après l'art. 9 du C. civ. Ils doivent obtenir le consentement « du père, ou, à défaut de père, de la mère, ou, à défaut de père « et mère, l'autorisation des autres ascendants ou de la fa- « mille, donnée suivant les conditions prescrites pour le mariage « au chap. I du tit. V du liv. II du C. civ. » La même faveur est applicable aux enfants mineurs de l'étranger naturalisé en Belgique, et, en général, à tous ceux qui ont le droit d'opter, à leur majorité, pour la nationaliié belge [2]. Des enfants français, nés et domiciliés en Belgique, seront fréquemment dans le cas d'en profiter.

2° Le mineur ne peut pas perdre la nationalité française en conservant des fonctions publiques en pays étranger, malgré l'injonction du gouvernement [3], ou en prenant du service militaire à l'étranger. Dans ces deux hypothèses, il n'y a pas, à proprement parler, un changement de nationalité, mais une sorte de déchéance. L'intervention du père ou du tuteur pour représenter le mineur est ici particulièrement impossible.

On a cependant soutenu que le mineur, en s'engageant dans une armée étrangère, perdrait la nationalité française. Cette

[1] Allemagne : Loi du 1er juin 1870, Annuaire de législation étrangère, 1872. p. 183. — Hongrie, Loi des 20-24 décembre 1879, Annuaire, 1880, p. 351. — Beauchet, Acquisition et perte de la nationalité autrichienne, *Journal du dr. intern. pr.*, 1883, p. 362.

[2] Surville et Arthuys, *op. cit.*, Appendice, p. 575.

[3] D'après l'art. 17 du C. civ., le seul fait d'avoir accepté sans autorisation des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger faisait perdre la qualité de Français; d'après la nouvelle rédaction, il faut de plus qu'elles aient été conservées, malgré l'injonction de les résigner dans un délai déterminé. L'ancien art. 17 admettait aussi une cause de perte de la nationalité qui a aujourd'hui disparu : l'établissement, sans esprit de retour, en pays étranger. Le mineur français, domicilié avec son père à l'étranger, ne pouvait perdre la qualité de Français avant d'avoir atteint sa majorité.

Digitized by Google

perte, dit-on, ne résulte pas alors de la volonté du mineur; c'est une peine civile, qui lui est infligée en punition d'un délit. Or, — sauf à trancher la question de discernement, si le coupable n'a pas 16 ans, — la minorité n'empêche pas l'application des peines et le mineur est capable de s'obliger par des délits civils. Mais les principes certains qu'on invoque sont inapplicables dans notre hypothèse : la perte de la nationalité française n'est pas une peine, au sens propre du mot, qui soit soumise aux règles du droit pénal; et si le mineur est capable de s'obliger par un délit civil, c'est dans ce sens qu'il est tenu de réparer le préjudice qu'il a causé : ce n'est pas encore de cela qu'il s'agit. La perte de la nationalité française est bien ici une déchéance, mais c'est avant tout la conséquence d'un acte volontaire, qui ne peut émaner que d'une personne capable. — On insiste. L'engagement dans l'armée est précisément un des actes que le mineur est capable de faire par lui-même lorsqu'il est parvenu à un certain âge [1]. Mais la capacité attribuée au mineur pour s'enrôler dans l'armée française n'implique pas celle de s'enrôler dans une armée étrangère, ni, encore moins, de perdre la qualité de français : ce sont là des ordres d'idées différents.

Le mineur ne perdra-t-il pas au moins la nationalité française, si, après sa majorité, il continue à servir dans l'armée étrangère? C'est une question de fait et d'intention. L'individu enrôlé dans une armée n'est pas libre d'en sortir le jour de sa majorité : il serait déserteur et s'exposerait aux peines les plus graves. Il ne perdra donc la qualité de français que s'il ne quitte pas l'armée aussitôt que la chose lui aura été possible. Il ne faut pas d'ailleurs admettre trop facilement que la nationalité française est perdue : *odiosa sunt restringenda* [2].

Dans un seul cas, un mineur français peut changer de nationalité : la femme française qui épouse un étranger prend la

[1] Loi du 15 juillet 1889, art. 59.

[2] Cógordan. *op. cit.*, p. 301, Weiss, *op. cit.* (1e éd.), p. 201. — Metz 25 avril 1849, Dall. 49. 2. 120. Circulaire ministérielle du 15 mai 1862, Dal. 62. 3. 77. — *Contra*, de Folleville, *op. cit.*, p. 395. Trib. de Blidah, 7 avril 1887, *Journ. du dr. intern. pr.* 1888, p. 111.

Digitized by Google

nationalité de son mari[1], même si elle est encore mineure. Capable pour le mariage, elle l'est aussi pour toutes ses conséquences.

Sauf cette exception, le changement de nationalité du mineur est frappé d'une nullité absolue. On ne saurait admettre ici une nullité purement relative que le mineur seul aurait le droit d'invoquer et dont on ne pourrait se prévaloir contre lui; il en résulterait, en effet, que le mineur, naturalisé en pays étranger, se prétendrait français pour réclamer les avantages attachés à cette qualité, étranger pour échapper à ses charges. Il aurait ainsi, alternativement, deux nationalités.

II. — *Un mineur étranger peut-il acquérir la nationalité française?*

C'est dans les lois étrangères que nous devrions chercher d'abord la réponse à cette question. La plupart d'entre elles décident, comme la loi française, que le mineur est incapable de changer de nationalité. Toutefois, les lois de l'Allemagne, de l'Autriche et de la Hongrie admettent que le mineur peut s'expatrier avec les consentements requis pour les autres actes civils[2]. Il faut remarquer que dans ces pays le mineur n'est pas nécessairement représenté; il agit lui-même avec l'assistance de son père ou de son tuteur[3].

D'autre part, il appartient à la loi française de régler les conditions nécessaires pour l'acquisition de la nationalité française. Elle peut donc demander à cet effet une certaine capacité; exiger, par exemple, la majorité, ou encore fixer un âge avant lequel cette acquisition ne peut avoir lieu. Mais elle va encore plus loin : elle prétend régler la capacité requise pour devenir français sans tenir aucun compte des lois étrangères. On a dit, pour la justifier, que la collation de la nationalité est un acte de souveraineté; que c'est là une matière d'ordre public, où la loi française doit

[1] D'après la nouvelle et très rationnelle rédaction, la femme ne perd la nationalité française que si la loi étrangère lui fait acquérir celle du mari.

[2] V. ci-dessus, p. 32 note 1 et Weiss, *op. cit.*, p. 266.

[3] Loi prussienne du 12 juillet 1875, Annuaire, 1876, p. 464.

Digitized by Google

seule s'appliquer, à l'exclusion de toute autre [1] : les principes sont vrais, la conséquence ne l'est pas. L'Etat français doit reconnaître aux Etats étrangers le droit de fixer la capacité nécessaire pour que leurs sujets changent de nationalité, parce que, dans l'exercice de sa souveraineté, il doit respecter la leur; il suffit, pour sauvegarder la sienne propre, qu'aucun étranger ne puisse devenir français sans remplir les conditions voulues par la loi française. En d'autres termes, cette loi peut bien déclarer incapable d'acquérir la nationalité française un étranger qui en serait capable suivant sa loi nationale; elle ne devrait pas considérer comme capable une personne incapable suivant la loi de son pays [2].

La capacité nécessaire à l'acquisition de la nationalité française a été, dans une assez large mesure, modifiée par la loi du 26 juin 1889. Avant de l'étudier, il faut en rappeler les antécédents.

A. *Code civil et lois antérieures à celle du 16 décembre 1874.* — Les principes généraux sur l'incapacité des mineurs, tels qu'ils résultent du C. civ., ne concernent que les mineurs français, ils ne s'opposaient donc pas nécessairement à la naturalisation en France d'un mineur étranger. Il était, sans doute, fort naturel que la loi, voyant dans le changement de nationalité un acte personnel et libre que les représentants du mineur ne peuvent accomplir en son nom, appliquât cette idée à l'acquisition de la nationalité française, mais il était nécessaire de le dire expressément. C'est ce qu'avaient fait le C. civ. et les diverses lois sur la naturalisation antérieures à celle du 16 décembre 1874.

L'art. 9 du C. civ. autorise l'étranger né en France à réclamer la nationalité française ; l'art. 10 accorde le même droit aux enfants nés d'un Français qui aurait perdu cette qualité, et l'art. 2 de la loi du 7 février 1851, aux enfants d'un étranger naturalisé français ; dans ces trois cas, la réclamation ne peut avoir lieu avant la majorité. Seul, l'art. 10 ne le dit pas expressément,

[1] Rapport de M. le conseiller d'Etat Camille Sée, Documents parlementaires du Sénat, Annexes au rapport de M. Batbie, p. 205. — Cohendy, *La loi du 26 juin 1889 sur la nationalité*. *Le Droit* du 27 octobre 1880.

[2] Weiss, *La loi sur la nationalité devant le Sénat*, *Revue critique*, 1887, p. 523.

Digitized by Google

mais il l'indique assez en renvoyant aux conditions de l'art. 9. S'il admet que l'enfant d'un ex-Français peut *toujours* recouvrer la nationalité française, ce mot signifie qu'il peut l'acquérir, non pas avant la majorité, mais même après l'expiration de l'année qui la suit.

L'âge de la majorité devait-il être déterminé par la loi de l'étranger ou par la loi française? Dans le silence des textes, il fallait, croyons-nous, suivre la loi étrangère. La Cour de cassation, au contraire, a, par un arrêt récent, décidé qu'il s'agissait de la majorité [1] française. Cette solution, nous le verrons, est celle que la loi nouvelle a adoptée.

Elle était déjà en harmonie avec les lois sur la naturalisation. La Constitution de l'an VIII, la loi du 11 décembre 1849, celle du 5 juillet 1867 fixent à 21 ans l'âge auquel un étranger peut être naturalisé en France. Donc un étranger qui, d'après sa loi nationale, serait majeur avant cet âge, ce qui sera rare, ne pourrait pas être naturalisé, mais il pourra l'être à 21 ans, même s'il est encore mineur d'après la loi de son pays, ce qui peut souvent arriver. Dans deux cas seulement un mineur est admis à devenir Français.

Le premier nous est déjà connu. La femme étrangère qui épouse un Français suit, même si elle est mineure, la nationalité de son mari.

L'autre se trouve dans la loi des 9-15 décembre 1790, que le C. civ. n'a pas abrogée, et qui rend les droits de citoyen français aux descendants des personnes expatriées pour cause de religion. Les fils de famille mineurs peuvent user de ce bénéfice avec le consentement de leurs père, mère, aïeul ou aïeule.

Sauf ces exceptions très restreintes, le C. civ., et les lois antérieures à celle du 10 décembre 1874 défendaient au mineur d'acquérir comme de perdre la nationalité française. Or, dans plusieurs circonstances, le mineur aurait un intérêt sérieux et légitime à l'acquérir sans attendre sa majorité.

Lors de la rédaction du C. civ., cette acquisition lui aurait

[1] Cass. 20 juin 1888, Sir. 88. 1. 300. — *Contrà :* Paris, 1er décembre 1885, *Journal du dr. intern. pr.*, 1886, p. 96.

Digitized by Google

permis de recueillir les successions ouvertes en France à son profit. Il est vrai que, suivant une jurisprudence constante, l'étranger né en France, et qui réclamait à sa majorité la qualité de Français (C. civ., art. 9), était réputé Français de naissance; cette rétroactivité lui assurait le bénéfice des successions qui lui auraient été dévolues pendant sa minorité. D'autre part, d'après l'art. 4 du décret du 26 août 1811, l'enfant né d'un Français naturalisé en pays étranger recueillait les successions ouvertes à son profit pendant sa minorité, bien qu'il n'eût qu'à sa majorité le droit de réclamer la qualité de Français. Cet intérêt a disqaru depuis longtemps.

Mais les mineurs ont encore intérêt à devenir Français, soit pour s'engager dans l'armée, soit surtout peur entrer dans les Ecoles du gouvernement.

Peu importe, à cet égard, que l'acquisition de cette nationalité ait plus tard un effet rétroactif. La limite d'âge pour l'admission dans ces Ecoles est, d'ordinaire, déjà atteinte au moment de la majorité. De la sorte, les étrangers auxquels la loi donne le droit de réclamer, à leur majorité, la qualité de français sont déjà, lorsqu'ils l'acquièrent, privés des prérogatives auxquelles ils attachaient peut-être le plus de prix.

Le tribunal de la Seine avait une fois jugé que le tuteur pouvait faire, au nom du mineur, la déclaration prescrite par l'art. 9 du C. civ. et lui acquérir ainsi la nationalité française, au moins provisoirement, et sauf la ratification du mineur lui-même à sa majorité. Cette décision est restée isolée [1]. Cette interprétation large était trop directement contraire au texte comme à l'esprit de la loi. Seul, le législateur pouvait remédier à l'inconvénient que nous avons signalé. Nous allons voir comment il y est arrivé progressivement.

B. *Lois du 16 décembre 1874, du 14 février 1882 et du 28 juin 1883.* — La loi du 16 décembre 1874 dérogea la première aux principes toujours suivis depuis la rédaction du C. civ.

La loi du 7 février 1851 déclarait français les enfants nés en

[1] Trib. de la Seine, 23 avril 1850; Dal. 1850. 3. 29. — *Contrà :* Trib. de la Seine, 1er juin 1859 et Paris, 30 juillet 1859; Sir. 1859. 2. 682. — Cass., 11 décembre 1860, Dal. 1861. 1. 209.

Digitized by Google

France d'un étranger qui lui-meme y était né, mais elle leur laissait le droit d'abdiquer rétroactivement cette qualité, à leur majorité. Pendant leur minorité, ces enfants étaient français, mais sous condition résolutoire, et l'incertitude où se trouvait ainsi leur nationalité mettait obstacle à leur admission dans l'armée ou dans les Ecoles. Tout en en faisant des Français, la loi leur créait ainsi une situation inférieure à celle de leurs compatriotes.

La loi du 16 décembre 1874 fit cesser cette anomalie. D'après son art. 2 « Les jeunes gens..... peuvent, soit s'engager « volontairement dans les armées de terre et de mer... soit en« trer dans les Ecoles du gouvernement à l'âge fixé par les lois « et règlements, en déclarant qu'ils renoncent à réclamer la qua« lité d'étranger dans l'année qui suivra leur majorité. — Cette « déclaration ne peut être faite qu'avec le consentement exprès « et spécial du père, ou, à défaut de père, de la mère, ou, à dé« faut de père et de mère, qu'avec l'autorisation du conseil de « famille. »

Pour justifier cette grave innovation, le rapporteur de la loi, M. Desjardins, invoquait d'abord des raisons évidentes d'équité; puis il faisait observer qu'on n'autorisait pas, à proprement parler, le mineur à changer de nationalité: « Il ne s'agit pas de faire « acquérir la qualité de Français à des mineurs qui ne l'ont « point; il s'agit de la consolider chez des mineurs qui sont pré« sumés l'avoir [1]. » Mais la porte était ouverte aux exceptions; d'autres, plus larges, allaient bientôt s'introduire.

Les lois du 14 février 1882 et du 28 juin 1883 permirent à des mineurs étrangers de réclamer la nationalité française, afin de s'engager dans l'armée ou d'entrer dans les Ecoles. La première s'applique aux enfants de l'étranger naturalisé ou de l'ex-Français réintégré conformément à l'art. 18 du C. civ.; la seconde étend cette faveur aux enfants nés en France d'une femme française d'origine, mariée avec un étranger et redevenue française après son veuvage.

Ces trois lois attribuent au mineur une capacité exceptionnelle, mais sans admettre que le changement de nationalité puisse avoir

[1] *Journal officiel*, 4 janvier 1874, p. 75 et suiv.

Digitized by Google

lieu par l'intermédiaire de ses représentants. Le mineur fait lui-même la déclaration qui lui conserve définitivement ou lui confère la nationalité française; il n'est reçu à la faire que pour s'engager dans l'armée ou entrer dans les Ecoles, c'est-à-dire à un âge où il est à même de choisir sa patrie en connaissance de cause et d'apprécier personnellement ses véritables intérêts; son père, sa mère ou son conseil de famille n'interviennent que pour l'assister et l'autoriser, mais non pour agir en son nom. La loi du 16 décembre 1874, qui concerne un mineur déjà français, a librement réglé sa capacité et a donné à ses parents ou à son conseil de famille le pouvoir de l'habiliter; les lois de 1882 et de 1883, au contraire, concernent des mineurs dont l'état est régi par une loi étrangère; par suite, à défaut du père et de la mère, elles exigent « l'autorisation de la famille, conformément au statut personnel. » Ce renvoi à la loi étrangère est un hommage aux principes, mais ne supprime pas toute difficulté. Nous retrouverons cette question en étudiant la loi actuelle.

En admettant, dans quelques cas, un mineur dûment habilité, à réclamer la nationalité française, nos trois lois appliquaient le système déjà suivi pour d'autres actes qui exigent le consentement personnel du mineur; mais les exceptions qu'elles apportaient à la règle générale restaient étroitement limitées. Le mineur ne pouvait devenir français que dans un but déterminé. On avait voulu lui permettre l'entrée de l'armée ou des Ecoles et l'on s'en était tenu, pour cela, au strict nécessaire : la déclaration ne devait être reçue qu'après les examens d'admission dans les Ecoles et s'ils étaient favorables. En outre, on n'accordait ce droit qu'à certaines catégories de mineurs; malgré des propositions faites aux Chambres, on ne l'avait jamais étendu, d'une façon générale, aux individus nés en France de parents étrangers. Parmi les individus auxquels la loi donne le droit de réclamer la nationalité française, les uns pouvaient l'exercer pendant leur minorité, les autres en restaient entièrement incapables jusqu'à leur majorité. Il était difficile de justifier cette différence.

C. *Loi du 26 juin 1889.* — La nécessité de faciliter à certains mineurs l'acquisition de la qualité de Français avait appelé l'attention sur les lacunes que présentaient nos lois sur la nationalité

Digitized by Google

et devint ainsi l'occasion de leur réforme. Il fut donc admis, à peu près sans contestation, qu'on irait plus avant dans la voie qu'ouvraient les lois de 1874, 1882 et 1883 et qu'on donnerait une portée plus générale au système qu'elles avaient admis à titre d'exception.

La loi n'a cependant pas reconnu aux mineurs, dans tous les cas, le droit d'acquérir la nationalité française. Elle distingue suivant que cette acquisition est un droit ou une faveur. Tous les mineurs qui ont un droit à la nationalité française peuvent la réclamer sans attendre leur majorité : la déclaration requise est faite en leur nom par leur père ou leur tuteur. Au contraire, ils demeurent incapables de l'obtenir par un décret de naturalisation ou de réintégration.

Nous ne disons rien de la femme qui épouse un Français : sa condition n'est pas changée.

(*a*) *Acquisition de la nationalité française par une déclaration devant l'autorité compétente.* — D'après les nouveaux art. 9 et 10 du C. civ., qui reproduisent, en le modifiant, le texte primitif, deux catégories d'étrangers ont le droit de réclamer la nationalité française :

1° (art. 9). Les individus nés en France de parents étrangers, si leurs parents ne sont pas nés en France et s'ils n'y sont pas eux-mêmes domiciliés à leur majorité; dans ces deux cas, ils seraient français de droit. Ils devront faire leur soumission d'établir leur domicile en France, l'y fixer dans l'année qui suit, et réclamer ensuite la qualité de Français.

Ils doivent user de leur droit avant l'âge de 22 ans, c'est-à-dire avant l'expiration de l'année qui suit leur majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française. Mais, — et c'est ici l'innovation principale, — ils peuvent l'exercer même avant leur majorité. S'ils sont « âgés de moins de vingt et un an accomplis, la déclaration sera faite en leur nom par leur père; en cas de décès « par leur mère, en cas de décès du père ou de la mère, ou « de leur exclusion de la tutelle, ou dans les cas prévus pour les « art. 141, 142 et 143 du Code civil, par le tuteur autorisé par « délibération du conseil de famille[1]. »

[1] D'après les nouveaux art. 8-4° et 9 (1er al.), les individus nés en France

Digitized by Google

L'individu né en France devient encore français (art. 9 *in fine*) si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend part aux opérations de recrutement sans opposer son extranéité. Il en sera ainsi même s'il est mineur, seulement il faut ajouter que l'étranger ne peut figurer avant sa majorité sur les tableaux du recrutement que par suite d'une erreur. D'après la loi militaire du 15 juillet 1889 (art. 11) les individus nés en France d'étrangers et résidant en France sont portés sur les tableaux de recensement de la classe dont la formation suit l'époque de leur majorité[1].

2° Le texte nouveau de l'art. 10, comme l'ancien, donne le droit de réclamer la nationalité française aux individus nés, en France ou à l'étranger, de parents dont l'un a perdu la qualité de Français. Ils peuvent faire leur déclaration à tout âge, c'est-à-dire même après 22 ans. Sauf cette différence, l'acquisition de la nationalité est alors soumise aux conditions réglées par l'art. 9 : c'est-à-dire que le père ou le tuteur peut la réclamer au nom de l'enfant mineur.

Dans ces deux cas, l'étranger ne doit pas seulement réclamer la qualité de Français; il doit encore prendre l'engagement de fixer son domicile en France et l'y établir de fait. Or le mineur n'a pas de domicile personnel; comment satisfera-t-il aux exigences de la loi? Rien de plus facile, si le père ou le tuteur est domicilié lui-même en France, et c'est sans doute l'hypothèse la plus pratique. Ce n'est cependant pas la seule. La loi, par cela seul qu'elle

d'étrangers sont français de plein droit, s'ils sont domiciliés en France à leur majorité, et, s'ils n'y sont pas alors domiciliés, peuvent réclamer cette nationalité, mais pour l'avenir seulement. Comment l'art. 9 (2e al.), a-t-il pu permettre cette réclamation aux mineurs? On ne sait en effet s'ils seront ou non domiciliés en France à leur majorité, et par conséquent s'ils se trouveront français de droit, et même, croyons-nous, rétroactivement, ou pourront seulement le devenir pour l'avenir. Ce qu'il y a de certain, c'est que la déclaration faite au nom de l'enfant par son père ou son tuteur lui confère irrévocablement la nationalité française, et qu'il n'aura plus le droit de la décliner à sa majorité. Cf. Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, n° 20, p. 766, n° 21, pp. 832 et 839.

[1] Sur la contradiction qui existe entre la loi militaire du 15 juillet 1889 (art. 11) et la loi sur la nationalité de 26 juin, V. Despagnet, journal *De Droit*, 19 octobre 1889, Weiss, La nouvelle loi sur la nationalité dans ses rapports avec le recrutement militaire, *Journal du dr. intern. pr.*, 1890, p. 5.

Digitized by Google

ne distingue pas, admet à acquérir la nationalité française le mineur domicilié hors de France [1]; nous pensons alors, et les travaux préparatoires de la loi nous y autorisent [2], qu'il faut entenle domicile au sens large du mot et qu'il suffira au mineur d'établir sa résidence en France. D'ailleurs l'art. 9 ne prévoit pas que le père ou le tuteur fasse, au nom du mineur, la soumission de fixer le domicile en France, ce qui semble bien indiquer qu'elle n'est pas nécessaire.

Le texte ne parle pas du mineur émancipé. S'il n'a plus ni père ni mère, il faut admettre sans hésiter qu'il réclamera lui-même la nationalité française, avec l'assistance de son curateur ou l'autorisation du conseil de famille ; si son père ou sa mère est vivant, comme la loi ne distingue pas, lui seul aura le droit de réclamer, pour le mineur la qualité de Français.

3° Le décret du 13 août 1889 (art. 11) permet au mineur né en France d'un étranger qui n'y est pas né ou à l'enfant mineur d'un étranger naturalisé français de renoncer à la faculté de décliner à sa majorité la qualité de Français. La renonciation est faite en son nom « par les personnes désignées dans l'art. 9 parag. 2 du C. civ. » La situation des mineurs français sous condition résolutoire, qui est la plus favorable de toutes, avait, nous l'avons vu, attiré la première l'attention du législateur Le texte voté par le Sénat en première lecture contenait encore à leur profit une disposition analogue à celle de la loi de 1874, quoique plus large. Elle a été supprimée, sans qu'on en ait dit le motif, probablement par inadvertance, entre la première et la seconde délibération du Sénat, et n'a pas reparu dans la rédaction définitive. C'est une lacune regrettable. Le décret du 13 août a entrepris de la combler; en avait-il le droit? L'art. 9 § 2 du C. civ. (N. R.) donne bien au mineur né en France le droit de réclamer la qualité de Français; mais autre chose est de l'acquérir, autre chose

[1] Cpr. Vincent, *Lois nouvelles* 1889, n° 21, p. 832. Circulaire du garde des sceaux du 23 août 1889. Déclaration faite au nom du mineur né en France et actuellement domicilié en France (modèle n° 4). *Lois nouvelles*, 1889, n° 20, p. 738.

[2] 2e Rapport supplémentaire de M. Antonin Dubost, *Journal officiel*, Documents parlementaire, Chambre des députés, 1889, p. 576.

Digitized by Google

de renoncer à la décliner [1]. Quant aux enfants mineurs de l'étranger naturalisé, la loi est absolument muette à leur égard, et il faut bien reconnaître que, sous prétexte de régler les formalités nécessaires à son exécution, le décret du 13 août l'a, en réalité, complétée sur ce point.

Trois traits principaux ressortent des textes que nous venons d'analyser.

1° Tous ceux qui ont droit à la nationalité française peuvent, suivant les cas, la réclamer ou renoncer à l'abdiquer, pendant leur minorité. L'exercice de cette faculté n'est plus restreint au cas d'entrée dans l'armée et dans les écoles; elle est accordée à tous et sans distinction.

2° La nationalité française est réclamée, pour le compte du mineur, par son père, sa mère ou son tuteur; les représentants du mineur peuvent ainsi faire cette acquisition en son nom, comme les autres actes civils. C'est le contraire de la règle toujours suivie jusqu'ici. Les lois de 1874, 1882 et 1883 autorisaient certains mineurs à réclamer la qualité de Français, mais ils devaient eux-mêmes en faire la déclaration.

3° En donnant à des mineurs étrangers la capacité d'acquérir la nationalité française, la loi du 26 juin n'a tenu aucun compte des lois étrangères qui règlent leur statut personnel. C'était déjà la tendance de la législation antérieure, mais la loi nouvelle l'a accentuée. Elle permet à des mineurs de devenir français, bien

[1] V. Cogordan, *La nationalité*, pp. 99, 100. Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, n° 20, pp. 765. Despagnet, journal *Le Droit*, 19 octobre 1889. — Il est à remarquer que dans le modèle de déclaration faite au nom des mineurs nés en France, qui suit la circulaire du garde des sceaux du 23 août 1889, (modèle n° 4), on a joint la réclamation de la nationalité Française et la renonciation au droit de la décliner à la majorité. — D'autre part, en permettant au mineur né en France de renoncer à décliner la qualité de français, le décret du 13 août parait supposer qu'elle lui appartient déjà, sous condition résolutoire. Les commentateurs de la loi et certaines décisions de jurisprudence ont, au contraire, admis qu'il n'est que français sous condition suspensive et reste étranger jusqu'à sa majorité. — Baudry-Lacantinerie, *Précis du Droit civil*, t. I, supplément, p. 5 et 6. — Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, n° 20, p. 760. — Trib. de la Seine, 25 juillet 1889, *Journal du dr. intern. pr.* 1890, p. 521. — Trib. correct. de Reims, 14 décembre 1889, *Journal du dr. intern. pr.*, 1889, p. 840.

Digitized by Google

que, le plus souvent, ils soient, d'après leur loi nationale, incapables de changer de nationalité. — Elle considère l'étranger comme majeur à 21 ans, quoique souvent il ne doive l'être qu'à 23, 24 ou 25 ans. La loi tranche de cette façon, la moins exacte en théorie, la controverse que faisait naître le texte primitif et plus vague de l'art. 9 [1]. — Si l'étranger est mineur, elle confère à ses père et mère, à son tuteur et à son conseil de famille des pouvoirs et des attributions que leur loi nationale pourrait seule leur donner. Elle renvoie même à des textes du C. civ. pour déterminer les cas où le tuteur doit agir aux lieu et place des père et mère. — Les lois de 1882 et 1883 renvoyaient au statut personnel du mineur.

Que penser de ces innovations?

La loi, croyons-nous, a été bien inspirée en permettant à tous ceux qui ont droit à la nationalité française de la réclamer sans attendre leur majorité [2]. Les distinctions qui résultaient des lois de 1882 et 1883 suivant les diverses catégories de mineurs et l'intérêt qu'ils ont à devenir français, introduisaient dans la législation une véritable incohérence. Il était d'ailleurs singulier de voir le législateur maintenir le principe et le battre en brèche par une série d'exceptions.

Nous faisons au contraire nos réserves relativement au pouvoir que la loi confère aux parents ou aux tuteurs de réclamer au nom des mineurs la qualité de Français. Le Conseil d'Etat proposait de fixer à 18 ans l'âge à partir duquel le mineur né en France ou né d'un ex-Français, pourrait acquérir la nationalité française, par lui-même, mais avec l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité de ses actes [3]. La commission du Sénat voulut que le mineur eût la faculté de de-

[1] Dans le cas particulier de l'art. 9, la loi n'a pas voulu permettre de différer la déclaration au-delà de 22 ans, pour ne pas donner à l'étranger qui devient français un moyen d'échapper, au moins en partie, au service militaire. Rapport supplémentaire de M. Batbie, Sénat, Documents parlementaires, 1886, p. 373.

[2] Voir cependant ce que nous disons p. 43, en note sur la difficulté de concilier le 2e par. de l'art. 9 avec le 1re par. du même art. et l'art. 8-4°.

[3] Projet de loi délibéré par le Conseil d'Etat. Sénat, 1884, annexe n° 65.

Digitized by Google

venir français sans attendre 18 ans. Il peut y avoir intérêt, l'entrée de certaines écoles étant ouverte avant cet âge.[1] Mais pour que le mineur, quel que soit son âge, puisse acquérir la nationalité française, il faut que ses représentants aient le droit de la réclamer pour lui, sans que son intervention soit nécessaire : il serait puéril d'exiger un acte personnel de la part d'un enfant, naturellement incapable d'en comprendre la portée. La nouvelle loi a été, de la sorte, conduite à assimiler la réclamation de la nationalité française aux actes ordinaires pour lesquels le père ou le tuteur représente le mineur, mais les raisons alléguées pour justifier cette innovation sont assez peu satisfaisantes. « La natu-« ralisation, a dit M. Batbie, n'est pas un acte irréparable et, en « supposant que la famille se fût trompée, l'enfant devenu ma-« jeur, s'il avait trop de regret du choix qui a été fait pour lui, « pourrait revenir à sa patrie d'origine [2]. » Il peut y revenir pour l'avenir, sans doute; mais jusqu'à sa majorité tout au moins, il aura été français; il aura été appelé sous les drapeaux et obligé, sous les peines les plus graves, de servir dans l'armée d'un pays qu'il n'a pas choisi, et qu'il ne veut pas être le sien. Il y a plus : même après sa majorité, tant qu'il est soumis au service militaire dans l'armée active et sa réserve, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de 30 ans, il ne peut s'expatrier qu'avec l'autorisation du gouvernement; sinon même naturalisé à l'étranger, il sera toujours réputé français [3]. Il ne dépend pas du mineur devenu majeur d'effacer ces conséquences du changement de nationalité qui lui a été imposé : ne peut-on pas dire, dès lors, que c'est un acte irréparable ? « L'autorisation de la famille, ajoute-t-on, est une « garantie suffisante pour l'intérêt de l'enfant, à quelqu'âge que « ce soit. La loi s'en contente pour des actes autrement impor-« tants que l'adoption d'une nationalité, notamment pour le ma-« riage [4]... »

Mais le mariage suppose le consentement personnel du mi-

[1] Rapport supplémentaire de M. Batbie. Sénat, 1886, Documents parlementaires, p. 373.

[2] Rapport supplémentaire de M. Batbie, *sup. cit.*

[3] C. civ. (N. R.) art. 17-1°.

[4] Rapport supplémentaire de M. Batbie, *sup. cit.*

Digitized by Google

neur; l'autorisation de la famille, nécessaire sans doute, ne peut le remplacer. Ce que nous critiquons dans la loi, c'est que le père ou le tuteur réclame pour le mineur la qualité de Français, même contre son gré. Nul ne doit changer de nationalité sans son consentement. En méconnaissant ce principe, la loi du 26 juin n'a pas seulement commis une erreur théorique; elle s'est mise en contradiction avec elle-même. En effet, comme nous le verrons, l'enfant mineur dont le père est naturalisé devient français en même temps que lui, à moins que, à sa majorité, il ne décline cette qualité. La loi lui réserve ce droit d'option, parce qu'elle ne veut pas que le père dispose de la nationalité de l'enfant sans son consentement, et, d'un autre côté, elle accorde au père et même au tuteur le droit de disposer de cette nationalité quand elle leur permet de réclamer pour le mineur la qualité de Français [1].

La meilleure solution, croyons-nous, était celle qu'avait proposée le Conseil d'Etat; fixer un âge à partir duquel le mineur étranger pourrait, par lui-même, avec les consentements requis, réclamer la nationalité française. C'est celle que nos lois admettent déjà pour permettre au mineur certains actes qui supposent le consentement personnel de l'intéressé : le mariage, le contrat de mariage, l'engagement dans l'armée, le testament [2]. Il est vrai qu'avant l'âge fixé le mineur ne pourrait pas devenir français; mais un enfant en bas âge n'a guère d'intérêt à changer de nationalité, ou du moins cet intérêt est trop rare pour que la loi ait à le prévoir. L'âge de 18 ans, proposé par le Conseil d'Etat, était trop avancé pour satisfaire à tous les besoins; il était facile de l'abaisser; dans tous les cas, l'idée était juste et nous regrettons qu'on ne l'ait pas appliquée [3].

[1] La contradiction est surtout flagrante entre l'art. 12, § 3 du C. civ. (N. R. et l'art. 11 du décret du 13 août. D'après le décret, le père peut, au nom de l'enfant, renoncer au droit d'abdiquer à la majorité la nationalité française. C'est lui donner le droit de rendre l'enfant mineur définitivement français que le législateur n'avait pas voulu lui accorder.

[2] Pour le testament, aucune autorisation n'est nécessaire.

[3] Weiss, *La proposition de loi sur la nationalité au Sénat* (*Revue critique*, 1887, p. 516. La loi belge du 16 juillet 1889 a adopté le système

Digitized by Google

La loi mérite une autre critique, parce que en autorisant le mineur à réclamer la nationalité française, elle n'a tenu aucun compte de la loi étrangère qui régit sa capacité. Il en résultera forcément des conflits entre la loi française et la plupart des lois étrangères. Pour les éviter d'une façon absolue, il faudrait n'admettre les mineurs à réclamer la qualité de Français que lorsque leur loi nationale leur permet de changer de nationalité. L'intérêt des mineurs à user du droit qu'ils ont de devenir français, l'intérêt de la France à accroître le nombre de ses citoyens, expliquent qu'on se soit écarté des principes rigoureux, mais il aurait fallu laisser la loi personnelle du mineur régler les conditions nécessaires pour l'habiliter. C'est ce que faisait primitivement le projet de loi. Le mineur acquérait la nationalité française « sur la demande de son père, de sa mère ou de son tuteur et « aux conditions qui sont exigées par son statut personnel pour « le consentement au mariage du mineur.[1] » Cette formule était satisfaisante, car si fort peu de législations ont réglé les conditions sous lesquelles le mineur peut changer de nationalité, toutes ont sans doute prévu celles de son mariage[2]. Le renvoi à la loi étrangère a disparu, au cours de la seconde délibération, sans qu'on en ait donné aucun motif[3]. Plus tard, sous prétexte de préciser davantage, on a adopté la rédaction actuelle[4], qui suppose évidemment, ou que toutes les lois sur la tutelle sont iden-

que nous préconisons, en accordant aux individus qui ont le droit d'opter à leur majorité pour la nationalité belge, la faculté de la réclamer dès l'âge de 18 ans, avec le consentement de la famille, suivant les conditions prescrites pour le mariage (Surville et Arthuys, *op. et loc. cit.*).

[1] Sénat, séance du 15 novembre 1886.

[2] La loi belge du 16 juillet 1889 a suivi ce système. Elle exige que le mineur, pour réclamer la nationalité belge, obtienne le consentement de son père, ou de sa mère, et, à leur défaut, « l'autorisation des autres ascen- « dants ou de la famille, suivant les conditions prescrites pour le mariage. » Mais le texte ajoute : prescrites..... « au chapitre I du titre V du Code civil. » C'est-à-dire qu'il applique la loi belge à la capacité de mineurs qui sont cependant encore étrangers.

[3] Sénat, séance du 3 février 1887.

[4] Deuxième rapport supplémentaire de M. Antonin Dubost, Chambre des députés, documents parlementaires, 1889, p. 576.

Digitized by Google

tiques ou que le mineur, même avant d'être français, est régi par la loi française. Or, c'est là une double erreur qui n'est pas seulement théorique ; elle conduit, en pratique, à de véritables impossibilités. Très fréquemment, le père et le tuteur ne trouveront pas dans la loi qui les régit les pouvoirs nécessaires pour changer la nationalité du mineur; s'ils ne veulent pas passer outre, ils s'abstiendront de réclamer la qualité de Français au nom de l'enfant, qui n'aura évidemment aucun moyen pour les y contraindre. D'ailleurs, quand bien même il le voudrait, comment un conseil de famille établi à l'étranger, présidé par un magistrat étranger, pourrait-il délibérer sur une matière qui ne rentre pas dans ses attributions? Comment surtout donner satisfaction à la loi si le mineur étranger n'a pas de conseil de famille et si le tribunal en tient lieu? Il est alors matériellement impossible de remplir exactement les conditions qu'elle prescrit.

(*b*) *Concession de la nationalité française. Naturalisation et réintégration.* — Ce n'est que par exception qu'un étranger a le droit de réclamer la nationalité française. En règle générale, son acquisition résulte d'une concession libre du gouvernement : décret de naturalisation pour les étrangers ordinaires ; décret de réintégration pour les Français qui avaient perdu cette qualité.

Le nouvel art. 8-5° du C. civ. règle les conditions de la naturalisation. Aucune condition d'âge ni de capacité n'y figure. Ce silence est d'autant plus notable que toutes les lois précédentes exigeaient expressément l'âge de 21 ans.

En l'absence de textes formels, il semble d'abord qu'on doive suivre le statut personnel de l'étranger, pour décider s'il est ou non capable, même avant sa majorité, d'être naturalisé en France [1]. Mais cette manière de voir serait contraire sinon à la lettre, du moins à l'esprit de la loi et à la volonté certaine du législateur. Aujourd'hui, comme auparavant, l'étranger, pour être naturalisé en France, doit être majeur.

Nous l'avons vu : la loi, jusqu'à présent, avait toujours, sauf de très rares exceptions, fait de la majorité une condition indispensable pour l'acquisition de la nationalité française, en parti-

[1] Surville et Arthuys, *op. cit.* p. 77.

Digitized by Google

culier pour la naturalisation : une innovation sur ce point devrait être formellement exprimée. Or, la proposition rédigée par M. Batbie voulait que l'étranger, pour être naturalisé, eût atteint sa majorité « telle qu'elle est fixée par son statut per- « sonnel »[1]. Le texte voté par le Sénat en première lecture, revenant à la loi de 1867, exigeait l'âge de 21 ans[2]. C'est encore entre la première et la deuxième délibération que la commission du Sénat, sans en dire le motif, a effacé cette condition. Est-ce un simple accident de rédaction? A-t-elle craint de décider que la majorité nécessaire pour la naturalisation serait déterminée par la loi française plutôt que par la loi étrangère? Rien ne nous l'indique. Mais, à coup sûr, on ne doit pas interpréter cette suppression en ce sens qu'un mineur pourrait être naturalisé. Quand la loi, rompant avec l'ancien système, a voulu permettre aux mineurs de réclamer la nationalité française, elle l'a dit expressément; elle a dit par quelles personnes et suivant quelles conditions ils seraient représentés; pour la naturalisation nous ne voyons rien de semblable : c'est donc que les mineurs en sont, comme par le passé, incapables. Ils auraient cependant, dans les deux cas, le même intérêt à devenir français, sans attendre leur majorité; mais la loi n'admet à acquérir la qualité de Français que les mineurs qui ont déjà à cette nationalité un droit dont elle veut leur assurer l'entière jouissance, avec tous les avantages qui y sont attachés. Nous ne ferons même pas d'exception pour les mineurs émancipés. Il serait sans doute assez naturel d'admettre ces mineurs, maîtres de leurs personnes, au bénéfice de la naturalisation; mais rien, dans la nouvelle loi, ne révèle la pensée d'établir entre eux et les mineurs ordinaires une distinction que la législation antérieure a toujours repoussée[3].

L'étranger doit donc être majeur pour être naturalisé en

[1] Proposition de loi de M. Batbie, Sénat, documents parlementaires, 1881, p. 195.

[2] Sénat, séance du 13 novembre 1886.

[3] Exposé des motifs de la proposition de loi de M. Batbie, Sénat, documents parlementaires, 1882, p. 195.

Digitized by Google

France. Mais sera-t-il majeur à l'âge fixé par sa loi nationale, ou à 21 ans, comme le veut la loi française?

La plus exacte solution serait d'appliquer la loi étrangère : nous n'avons plus à le démontrer. On peut même très bien soutenir qu'il faut l'adopter, par cela seul que la loi ne s'y oppose pas[1]. Elle a cependant peu de chances d'être admise dans la pratique et elle ne paraît pas conforme à l'intention du législateur. Les lois qui se sont succédé ont toujours, nous l'avons vu, fixé à 21 ans l'âge de la naturalisation. Le texte nouveau ne le dit plus expressément, mais l'application du statut personnel étranger serait contraire à tout l'ensemble de la loi. Toutes les fois qu'elle s'en est expliquée, elle a réglé la capacité nécessaire pour acquérir la nationalité française, uniquement d'après la loi française, sans tenir aucun compte des lois étrangères : c'est là un système critiquable, mais très arrêté. La loi a résolu dans ce sens la controverse qu'avait fait naître l'ancienne rédaction de l'art. 9; il n'est pas probable qu'elle ait en même temps introduit l'application de la loi étrangère dans une matière dont on l'avait toujours écartée. C'est donc à 21 ans que l'étranger devient capable d'être naturalisé français[2].

L'étranger doit avoir atteint cet âge au moment de la naturalisation. Ainsi, celui qui aurait résidé dix ans en France pendant sa minorité pourrait être naturalisé aussitôt sa vingt-et-unième année accomplie. Mais celui qui a obtenu l'autorisation d'établir son domicile en France, peut être naturalisé après trois ans ou même, dans certains cas, après un an de stage. Doit-il avoir 21 ans, au moment de l'autorisation de domicile, ou seulement au moment de la naturalisation? La loi du 29 juin 1867 (art. 1) se prononçait dans le premier sens : « L'étranger qui, après l'âge de vingt-et-« un ans accomplis a... obtenu l'autorisation d'établir son domi-« cile en France et y a résidé pendant trois années peut être

[1] Weiss, La proposition de loi sur la nationalité au Sénat, *Revue critique*, 1887, p. 522.— Cogordan, *La nationalité* (1re éd.), p. 132.—Nous avions nous-même soutenu ce système dans des *Observations sur le projet de loi relatif à la nationalité française* (*Journal du dr. intern. pr.*, 1889, p. 197). De nouvelles réflexions ont modifié notre manière de voir.

[2] Vincent, *Loi nouvelles*, 1889, n° 21, p. 819.

Digitized by Google

« admis à jouir de tous les droits de citoyen français. » La rédaction adoptée en première lecture par le Sénat était différente : « Sont français..... les étrangers qui, ayant atteint l'âge de 21 ans « accomplis, ont après trois ans de domicile autorisé ou après « dix années de résidence non interrompue en France obtenu la « naturalisation par décret [1]. » Il ne faudrait pas se hâter de conclure de ce texte que, dans la pensée de ses auteurs, l'autorisation de domicile pouvait être obtenue avant 21 ans. Si la formule en a été conçue de façon à ne plus viser l'autorisation de domicile, c'est parce qu'elle n'est plus un préliminaire indispensable de la naturalisation. Du reste, pas plus pour cette autorisation que pour la naturalisation elle-même, le texte définitif de la loi ne touche à la question de capacité. Une solution identique ne s'impose pas dans les deux cas. L'autorisation de domicile n'est pas un changement de nationalité ; elle n'a que des avantages pour le mineur, à qui elle confère en France la jouissance des droits civils, sans lui en faire perdre aucun dans son pays : si donc le mineur est incapable d'être naturalisé, il n'en résulte pas forcément qu'il soit incapable d'obtenir l'autorisation de domicile, soit par lui-même, soit par l'intermédiaire de son père ou de son tuteur [2]. Il ne faut donc pas consulter ici les règles de la naturalisation, mais celles du domicile. Le mineur étranger pourra obtenir l'autorisation d'établir son domicile en France dans les cas où il peut y être légalement domicilié, c'est-à-dire : 1° s'il est émancipé ; 2° si son père ou son tuteur est lui-même domicilié en France [3]. En dehors de ces deux hypothèses, le mineur ne peut avoir en France de

[1] Sénat, séance du 13 novembre 1889.

[2] MM. Dreyfus et Le Sueur (*France judiciaire*, 1889, 1re partie, p. 48, pensent que l'autorisation de domicile peut être accordée même à un mineur. *Sic* Stemler, *Journal du droit intern. pr.*, 1890, p. 393 — *Contrà :* Cohendy, journal *le Droit*, 3 novembre 1889. Weiss, *Traité élémentaire de droit international privé*, 2e éd. p. 129. Vincent, *Lois nouvelles*, 1887, n° 21 p. 815. La Cour de Bordeaux, 26 mai 1876 Sir. 77. 2. 109, a admis que la mère légalement domiciliée en France et devenue française pouvait obtenir l'autorisation de domicile au nom et pour le compte de son enfant mineur resté étranger.

[3] On sait que d'après une jurisprudence, d'ailleurs contestable, l'étranger n'a de domicile légal en France que lorsqu'il a été autorisé à l'y fixer.

Digitized by Google

domicile légal, ni par conséquent de domicile autorisé. Au surplus, l'autorisation de domicile accordée au père profite à ses enfants mineurs, en vue d'acquérir la nationalité française. Ils seront naturalisés en même temps que lui, de plein droit, s'ils sont encore mineurs, sur leur demande, s'ils sont devenus majeurs [1]. Ils pourront aussi bénéficier de cette autorisation si leur père est décédé avant d'avoir obtenu la naturalisation [2].

La réintégration dans la qualité de Français, comme la naturalisation, ne pourra être accordée qu'à la majorité, c'est-à-dire à l'âge de 21 ans. La loi ne s'est pas écartée ici de la règle traditionnelle; cela suffit pour que nous devions la suivre. Mais son application sera bien rare. Un mineur, en effet, est incapable de perdre la nationalité française, et, par conséquent, n'a pas besoin d'y être réintégré. Il peut cependant l'avoir perdue par suite de l'annexion d'un territoire français à un État étranger. Une femme mineure peut encore perdre sa nationalité en épousant un étranger. Si son mariage est dissous avant sa majorité, est-elle incapable d'être réintégrée? Oui, d'après le principe que nous venons de poser; mais ne peut-on pas croire que, si elle a été capable de perdre la nationalité française, elle doit l'être pareillement pour la recouvrer? L'art. 19 dit successivement comment la femme qui épouse un étranger perd la nationalité française et comment elle la recouvre. La première disposition s'applique à la femme mineure comme à la femme majeure, il est permis de penser qu'il en est de même de la seconde [3].

Il y a enfin une dernière façon d'acquérir par décret la nationalité française, réservée aux descendants des familles proscrites lors de la révocation de l'édit de Nantes. La nouvelle loi (art. 4) dit qu'ils « continueront à bénéficier des dispositions de la loi du

[1] C. civ. (N. R) art. 12. Les enfants majeurs profitent aussi, sous ce rapport, de l'autorisation de domicile.

[2] C. civ. (N. R.) art. 13. A mon avis, tous les effets de l'autorisation de domicile accordée au père s'étendent à ses enfants mineurs.

[3] Peut-être faut-il aussi admmettre que la femme qui sollicite en même temps que son mari la naturalisation (C. civ. N. R. art. 12, § 2) peut l'obtenir même si elle est encore mineure. (Le Sueur et Dreyfus, *La nationalité*, p. 73).

Digitized by Google

« 15 décembre 1790, mais à la condition d'un décret spécial « pour chacun d'eux. » L'acquisition de la nationalité française n'est donc plus, comme elle l'était précédemment, un droit, mais une faveur. C'est une sorte de naturalisation privilégiée. Par exception, elle est accesssible aux mineurs. En effet, sauf ce changement, fort grave, il est vrai, la loi du 15 décembre 1790 reste en vigueur; or les mineurs, nous l'avons vu, peuvent en bénéficier avec le consentement de leurs père, mère, ou aïeuls. Il faut noter qu'ils feront eux-mêmes la demande de naturalisation et que l'autorisation du conseil de famille ne sera pas nécessaire. Sous ces deux rapports, le système conservé de la loi de 1790 n'est pas en harmonie avec celui qu'a snivi le nouvel art. 9 du C. civ.

Ainsi le père ou le tuteur a le pouvoir d'acquérir, au nom du mineur étranger, la qualité de Français, quand la loi lui donne le droit de la réclamer, mais il ne peut pas solliciter pour lui la naturalisation ni la réintégration.

Quant aux mineurs français, leurs représentants n'auront en aucun cas le pouvoir d'acquérir pour eux une nationalité étrangère. N'est-ce pas là dans la loi un défaut d'harmonie? Le mineur français peut avoir à devenir étranger le même intérêt que le mineur étranger à devenir français. On s'explique, sans doute, que la loi n'ait pas permis au mineur français de se faire naturaliser à l'étranger : c'eût été pour lui un moyen trop facile de se soustraire au service militaire, et d'ailleurs elle ne permet pas au mineur étranger de se faire naturaliser en France. Mais, pour appliquer aux uns et aux autres la même règle, il aurait fallu donner aux mineurs la faculté de perdre la nationalité française, lorsqu'ils auraient acqnis, par l'effet de la loi, une nationalité étrangère. C'est pour prévenir des conflils de législation que le nouvel art. 17, énumérant les causes qui font perdre la qualité de Francais, mentionne expressément l'acquisition d'une nationalité étrangère par l'effet de la loi; mais ces conflits sont précisément à craindre au moment de l'appel sous les drapeaux, c'est à-dire avant la majorité. On a surtout pensé au Français qui, né en Belgique, réclamerait la nationalité belge, par application de l'art. 9 du C. civ. [1]; or une loi belge, postérieure à la nôtre de

[1] Rapport de M. Batbie, Sénat, 1884, Annexe n° 65.

Digitized by Google

quelques jours seulement, permet cette réclamation, comme la loi française elle-même pendant la minorité. Il peut aussi arriver qu'un individu, né à l'étranger de parents français, reçoive de la loi étrangère la nationalité de son lieu de naissance et la conserve sans la demander, par cela seul qu'il ne la décline pas : c'est la situation de l'enfant né d'un Français en Angleterre. Faute de pouvoir perdre la qualité de Français, le mineur devenu Belge par sa réclamation, ou Anglais de naissance[1] sera inscrit en France sur les listes du recrutement et traité comme insoumis s'il ne se présente pas. Est-il juste cependant de lui imputer un délit pour avoir préféré à la nationalité de ses parents, celle de son lieu de naissance, lorsque la loi française elle-même donne à l'enfant né en France d'étrangers le droit de choisir entre elles?

Mais la loi n'a pas tenu compte des raisons, mêmes légitimes, qu'un mineur peut avoir d'acquérir une nationalité étrangère. Elle est partie de cette idée que, dans l'intérêt du mineur et dans l'intérêt même de la France, l'acquisition ou la conservation de la nationalité française est toujours préférable à sa perte: idée trop étroite et peu exacte dont nous allons trouver une application plus saillante encore dans notre seconde partie.

(*à suivre*) EUGÈNE AUDINET.

BIBLIOGRAPHIE.

Cours élémentaire de Droit international privé,

Par MM. SURVILLE et ARTHUYS, professeurs à la Faculté de droit de Poitiers. Compte rendu par M. Ch. TESTOUD, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Les questions de droit international privé ont pris une telle

[1] Même après la majorité, l'individu né en Angleterre de parents français, ne cesse pas d'être Français. S'il a conservé volontairement la nationalité anglaise, en ne la déclinant pas, il ne l'a cependant pas demandée. Nous pensons qu'on aurait dû lui reconnaître un droit d'option, analogue à celui qui appartient à l'enfant né en France d'un étranger. Autrement, comme nous l'avons fait remarquer ailleurs (*Journal du dr. intern. pr.*, 1889, p. 206), il n'a, s'il veut rester anglais, aucun moyen de perdre la nationalité française.

Digitized by Google

importance, soit dans le monde savant, soit au point de vue purement pratique, qu'il était désormais impossible de les exposer à titre d'épisodes ou de digressions dans les cours de droit civil et de droit commercial. Elles font depuis plusieurs années l'objet d'un enseignement distinct, qui complète pour la jeunesse de nos écoles les études de droit privé et les met en accord avec les idées et les faits sociaux de notre époque. A peine inaugurée, l'œuvre a attiré les ouvriers. Outre le grand ouvrage qu'un des maîtres de l'Ecole de Paris consacre au droit international privé, le nouvel enseignement a fait naître des travaux moins considérables. mais non moins utiles. Après MM. Weiss et Despagnet qui avaient ouvert la voie, MM. Surville et Arthuys publient à leur tour un cours élémentaire de droit international privé.

De tels ouvrages sont d'exécution difficile, d'abord parce que les textes destinés à trancher les conflits de législations sont rares en France, ensuite parce que les principes doctrinaux que l'on emprunte soit aux anciens auteurs, soit à la jurisprudence française, soit aux législations étrangères, ne sont ni bien nombreux, ni bien certains. « Le droit international privé, MM. Surville et Arthuys le reconnaissent, est une science encore en voie de formation. » Il ne faut donc pas s'attendre à trouver dans ces livres la sûreté d'exposition et la netteté de décision que l'on rencontre dans les traités consacrés au droit civil. Là de nombreuses influences historiques ont contribué à la formation de théories légendaires qui ne fournissent plus d'aliments à la controverse.

Nous tâcherons, à propos du livre de MM. Surville et Arthuys, de faire connaître le plan qu'ils ont suivi, les principes généraux qu'ils ont adoptés, et enfin nous appellerons l'attention sur quelques solutions de détail que contient leur ouvrage.

Le plan des auteurs comporte quatre parties bien distinctes. En tête du livre, a été placée une introduction générale qui forme à peu près le tiers du volume. Cette introduction débute par une courte et substantielle histoire des doctrines en droit international privé. Vient ensuite l'exposé des principes généraux permettant de résoudre les divers conflits de législations. Cette partie du livre se termine par la théorie de l'acquisition et de la perte de la nationalité française et une étude sur la condition civile des

Digitized by Google

étrangers en France, soit qu'il s'agisse d'individus, soit qu'il s'agisse de personnes morales. Après l'introduction, trois livres se succèdent, consacrés le premier aux conflits de lois civiles, le second aux conflits de lois de procédure, le troisième aux conflits de lois commerciales. A peu près, sur toutes les matières, les auteurs parcourent trois ordres d'idées : D'abord, un système rationnel qui serait l'idéal à poursuivre, ensuite un exposé des solutions de la doctrine et de la jurisprudence française. Vient enfin un aperçu de législation comparée qui fait connaître au lecteur sur chaque sujet traité les décisions des principales législations étrangères. Le plus souvent ces législations sont même, de la part des auteurs, l'objet de groupements intéressants, d'après les idées générales dont elles se sont inspirées. Au surplus, MM. Surville et Arthuys fournissent avec complaisance, toutes les indications nécessaires à ceux qui voudraient approfondir certains problèmes. De nombreuses notes renvoient aux auteurs français et étrangers, soit pour les traités, soit pour les monographies, aux lois de chaque pays, ainsi qu'aux monuments si nombreux de la jurisprudence.

La distribution générale des matières que l'on vient d'indiquer ne donne pas prise à la critique. Toutefois, certains détails appellent des observations. Ainsi, l'introduction générale traite de la nationalité, mais il n'y est question que de la nationalité des individus. La théorie de la nationalité des personnes morales et spécialement des sociétés est renvoyée au livre consacré au droit commercial (p. 486) et alors les auteurs appliquent avec raison aux sociétés la nationalité du *jus loci*, du lieu de leur établissement principal, sans tenir compte de la nationalité des associés, ni du lieu de la fondation de la société. Nous aurions cru préférable de rassembler dans la même partie de l'ouvrage ces deux théories et cela avec d'autant plus de raison qu'après avoir fixé la condition civile des étrangers en France, MM. Surville et Arthuys se sont préoccupes de la condition civile des personnes morales étrangères.

Le premier livre nous a suggéré une remarque analogue. Ce livre, qui a pour objet des conflits de lois, en matière civile, traite dans un premier chapitre des personnes, envisagées au point de

Digitized by Google

vue de leur état et de leur capacité. Viennent ensuite deux chapitres, l'un sur les biens, l'autre sur les actes juridiques et volontaires et particulièrement sur les contrats. Avec le chapitre IV, nous sommes ramenés à la législation des personnes. Il y est question des droits de famille, en général, c'est-à-dire du mariage, de la filiation, de la puissance paternelle et de la tutelle. Il nous a été difficile de saisir le motif qui avait déterminé les auteurs à suivre cette méthode. Il nous paraissait préférable de placer au second rang le chapitre IV et de rattacher ainsi la matière des droits de famille à celle de l'état et de la capacité. Nous aurions trouvé, dans cette disposition des matières, un double avantage. D'abord, on aurait fait suivre au droit international une marche à peu près analogue à celle du droit civil. De plus, le lecteur aurait eu une vue d'ensemble de toutes les questions de droit international intéressant les personnes et l'organisation de la famille. Il nous a semblé enfin que la théorie des droits intellectuels (propriété industrielle, propriété artistique et littéraire) aurait pu sans inconvénients être placée à la suite du chapitre consacré aux biens.

Les principes généraux qui dominent le droit international sont formulés et développés dans l'introduction générale (p. 35 et suiv.). Ces principes sont ramenés à trois : 1° Les lois de chaque état doivent en principe suivre partout les citoyens de cet Etat; 2° Toute manifestation de volonté émise par une personne capable, d'après la loi personnelle, doit être respectée et sanctionnée par les lois de tous les pays. 3° La troisième et dernière règle n'est autre que la règle : *Locus regit actum*. Aux deux premières règles, les auteurs ont soin d'apporter le tempérament classique de la territorialité des lois dites d'ordre public. MM. Surville et Arthuys sont, d'après ce qu'on vient de lire, attachés à la doctrine de la personnalité des lois. L'étranger n'est en principe soumis qu'à sa loi nationale. Les actes juridiques volontaires, sont, pour leur condition de validité, pour leurs effets, soumis à la loi à laquelle ont voulu ou sont présumés avoir voulu les soumettre ceux dont ils émanent. C'est ce qu'on est convenu d'appeler la doctrine de l'autonomie. Il y a cependant des lois territoriales dont l'observation s'impose aux étrangers comme aux na-

Digitized by Google

tionaux : ce sont les lois intéressant l'ordre public, ou réglant la forme des actes. Et encore pour cette dernière catégorie de dispositions législatives, il faut admettre des tempéraments qui sont du reste étudiés avec beaucoup de soin par les auteurs dans les pages qu'ils ont consacrées au caractère obligatoire ou facultatif de la règle *locus regit actum*. En résumé, dans la pensée de MM. Surville et Arthuys, la personnalité des lois est la règle ; la territorialité est l'exception.

Nous n'avons certes pas la pensée de discuter cette théorie générale à laquelle du reste on se rallie assez généralement aujourd'hui en France et en Italie. Nous nous demandons toutefois si, au point de vue de l'enseignement, il convient de réduire au rôle d'exception la territorialité incontestable des lois d'ordre public. N'y aurait-il pas là en réalité un principe rival et parallèle du principe de la personnalité, avec lequel il devrait se concilier?

Quoi qu'il en soit, les principes que nous venons de formuler ne suppriment pas les controverses du droit international. S'il était jadis difficile de distinguer le statut réel du statut personnel, il ne l'est pas moins aujourd'hui de définir l'ordre public. Peut-être, MM. Surville et Arthuys ont-ils passé un peu trop vite sur cette définition, à laquelle ils consacrent à peine deux ou trois pages, sauf à y revenir, il est vrai, à propos de discussions spéciales. C'est là pourtant le point le plus délicat du droit international, celui sur lequel portent, à l'heure présente, les controverses doctrinales des publicistes de l'ancien et du nouveau monde. Les Américains semblent voir dans la territorialité des lois d'ordre public une règle fondamentale dont ils étendent le plus possible l'application. Les Français et les Italiens estiment que cette territorialité est exceptionnelle et qu'il convient de la restreindre le plus possible. Les Allemands enfin trouvent que l'ordre public est trop indéfinissable, pour servir à résoudre les conflits de législation. Et ce n'est pas tout. Quel que soit le parti que l'on prenne sur ce problème général, il y a une difficulté subsidiaire à résoudre. N'y a-t-il qu'un seul ordre public, uniforme et invariable, qui serait toujours le même soit au point de vue national, soit au point de vue international? Y a-t-il au contraire deux ordres

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

publics, distincts et indépendants, l'un national et ne s'imposant qu'aux Français, l'autre international et embrassant dans une commune application les nationaux et les étrangers? MM. Surville et Arthuys posent la question, mais ils ne la discutent peut-être pas avec l'ampleur nécessaire. « Des distinctions, doivent être faites, disent-ils; il y a des lois d'ordre public, dont la portée doit être absolument générale et qui s'imposent aux étrangers, comme aux nationaux, tandis qu'il en est d'autres qui ne sont d'ordre public que pour les Français, sans l'être pour les étrangers. » (P. 38).

Après ce coup d'œil sur l'ensemble, si nous considérons les détails du livre de MM. Surville et Arthuys, il faut reconnaître qu'ils ont fait une œuvre utile aux étudiants, aux praticiens et aux maîtres eux-mêmes. Ils avaient à parcourir une multitude de sujets et à résoudre un grand nombre de controverses. Toutes les matières du droit privé devaient être successivement considérées au point de vue des conflits possibles entre les législations diverses. Cette longue carrière, ils ont su la suivre jusqu'au bout, sans la moindre défaillance. Dans l'introduction, nous signalerons à l'attention les pages consacrées à la loi récente de 1889 sur l'acquisition et la perte de la qualité de Français. C'est un commentaire complet, auquel on a réuni les règles à suivre, en cas de conflits de lois sur la nationalité, soit qu'une personne soit revendiquée par deux patries, soit qu'elle n'en ait juridiquement aucune. Les auteurs critiquent assez volontiers le texte de la loi nouvelle et ils signalent notamment une inadvertance assez curieuse. Autrefois, sous l'empire de la loi de 1874, les enfants nés en France d'étrangers qui y étaient nés eux-mêmes, pouvaient renoncer à la nationalité étrangère et adhérer définitivement à la nationalité française au cours de leur minorité. Ces enfants étant aujourd'hui définitivement français, cette disposition de la loi de 1874 n'a plus d'objet. Mais il y a cependant encore une situation analogue créée par le législateur de 1889. Les enfants nés en France d'étrangers qui n'y sont pas nés eux-mêmes, sont réputés appartenir à notre pays, si, lors de leur majorité, ils sont domiciliés sur notre sol. Il était naturel de les autoriser, comme l'avait fait la loi de 1874, à renoncer pendant

Digitized by Google

leur minorité à la nationalité étrangère, puisqu'ils étaient français sous condition résolutoire, comme les enfants prévus par la loi de 1874. Néanmoins, la loi de 1889 ne s'est pas expliquée. Faut-il conclure de son silence que le droit d'option pendant la minorité ne leur appartient pas? MM. Surville et Arthuys semblent pencher vers cette dernière solution. Tout au moins, ils considèrent la question comme douteuse (p. 58). Pour nous, nous la résoudrions par un argument *a fortiori*. Les Français sous condition suspensive de la loi de 1889, c'est-à-dire les enfants nés en France d'étrangers, qui ne se trouvent pas domiciliés sur notre sol, lors de leur majorité, peuvent prendre parti pour la France, alors qu'ils sont encore mineurs. Ne doit-il pas en être de même à plus forte raison pour ceux qui sont Français, sous condition résolutoire d'option pour une nationalité étrangère?

Nous ne pouvons pas suivre nos auteurs dans tous les détails de leur traité. Il nous suffit d'en avoir fait connaître les principes généraux et les grandes lignes. Nous voulons cependant, au terme de ce compte rendu, signaler certaines parties qui résument d'une façon remarquable l'état actuel de la science. Nous citerons plus particulièrement la théorie des successions, celle du contrat de mariage et enfin surtout le dernier livre consacré au conflit des lois commerciales. Sur ce dernier ordre de questions, les développements sont aussi substantiels que possible et non sans raison. C'est surtout en matière commerciale que le droit international offre un intérêt actuel. Le commerce et l'industrie modernes sont cosmopolites et on peut presque leur appliquer le vers de Juvénal :

Aestuat infelix augusto limite mundi.

En matière civile, le droit international s'appuie sur des précédents nombreux : les questions sont relativement anciennes et leur solution ne peut guère varier. Mais en matière commerciale, tout est nouveau; les conflits sont plus fréquents et il n'y a peu de théories toutes faites. On lira avec intérêt l'étude sur la controverse célèbre de l'unité ou de la pluralité de la faillite; ainsique les discussions concernant la lettre de change qui est aujourd'hui une véritable monnaie internationale. Sur ce dernier sujet, il y aurait peut-être quelques réserves à faire à propos de l'extension au

Digitized by Google

droit commercial des principes du droit international civil. Nos auteurs appliquent en matière commerciale, la loi nationale de la la capacité. Ne vaudrait-il pas mieux, comme l'a proposé l'Institut de droit international, se référer à la loi du domicile? Le domicile est plus facile à connaître que la nationalité. Le système classique risque d'entraver les opérations commerciales qui ont besoin de plus de célérité que les affaires civiles.

Disons enfin que la tendance générale qu'accusent les solutions de ce livre est elle celle de l'école franco-italienne. Les auteurs restreignent le plus qu'ils peuvent les limites de la territorialité. On en trouvera la preuve en matière de succession (p. 344), en matière de légitimation (p. 308) et même en matière de faillite (p. 541 et suiv.). Ils sentent combien la définition de l'ordre public est chose périlleuse et ils ne rattachent à cette définition que ce qui leur paraît essentiel à l'organisation et à la conservation de l'Etat. Peut-être se sont-ils à propos souvenu du mot de Pascal, que l'on pourrait parfois rappeler à la jurisprudence moderne, trop portée à exagérer l'ordre public : « Cet ordre n'est fondé que sur la seule volonté des législateurs, qui ont pu avoir de bonnes raisons, mais dont aucune n'est prise d'un droit naturel. »

CH. TESTOUD.

La discipline de la Légion d'honneur, et le contrôle des nominations,

Par M. Léon Aucoc, membre de l'Institut, membre du Conseil de l'ordre.

Compte rendu par M. R. PIÉDELIÈVRE, agrégé à la Faculté de droit de Rennes.

Certes, comme le fait remarquer M. Léon Aucoc au début de son étude, il est regrettable qu'à propos de la Légion d'honneur, il soit nécessaire d'organiser des mesures disciplinaires contre ses membres, et qu'on soit obligé d'en parler; malheureusement, il faut compter avec les défaillances de la nature humaine, et l'intérêt considérable qu'il y a à maintenir l'autorité et le crédit dûs au titre de légionnaire, commande impérieusement d'en priver tous ceux qui, par l'indignité de leur conduite, compromettent le prestige sans lequel l'institution ne saurait exercer sa légitime

Digitized by Google

influence. De là, la nécessité d'un contrôle sévère des nominations, et l'institution d'un pouvoir disciplinaire.

Tel est le double objet de l'étude de M. Léon Aucoc, étude intéressante au premier chef : la législation qu'elle examine est généralement peu connue. L'auteur, par l'expérience qu'il en a et l'autorité qui s'attache à son nom, était plus que tout autre apte à en rechercher les règle, en résoudre les difficultés, en critiquer les dispositions.

C'est du pouvoir disciplinaire qu'il est tout d'abord question. Ce pouvoir peut s'exercer dans des conditions très différentes : ou la personne à laquelle il s'applique aura été frappée d'une condamnation judiciaire, et alors il s'agit uniquement de tirer, au point de vue de l'honneur, les conséquences de cette condamnation ; ou bien, il s'exerce à l'occasion de faits qui, sans pouvoir donner lieu à aucune poursuite en justice, portent cependant atteinte à l'honneur du légionnaire, et exigent, à ce titre, une répression spéciale. La distinction est essentielle, ces deux branches du pouvoir disciplinaire n'étant régies ni par les mêmes règles de procédure, ni par les mêmes dispositions en ce qui touche la base et les conséquences de son exercice.

L'auteur examine la première hypothèse ; il montre, en rapprochant avec une grande netteté les divers textes relatifs à la question, qu'en ce qui concerne les condamnations prononcées en matière criminelle, la loi pénale absorbe en quelque sorte la législation spéciale à la Légion d'honneur, en ce sens que c'est la juridiction civile ou militaire qui, à la fois, prononce la peine et applique la dégradation : l'autorité du Conseil n'intervient que pour exécuter la décision judiciaire, en rayant le condamné des registres de l'Ordre. — S'agit-il au contraire des peines prononcées correctionnellement ? c'est alors la juridiction spéciale qui s'applique : le Président de la République, après avoir pris l'avis du Conseil, prononcera la peine de la suspension ou de l'exclusion, suivant la nature du délit et la gravité de la peine. Ici se présentent quelques controverses intéressantes : elles sont examinées avec grand soin, et leur solution est déduite avec rigueur des textes invoqués.

Ce pouvoir disciplinaire, dont M. Léon Aucoc vient d'analyser

Digitized by Google

le domaine si étendu, n'a pas paru cependant suffisant encore. La question s'est en effet posée de savoir s'il pouvait atteindre « les faits contraires à l'honnêteté, dans le sens large du mot », que la loi pénale ne frappe pas et ne saurait frapper. Il y fut répondu affirmativement. Mais la mise en pratique du principe était chose délicate : en 1817, notamment, un projet de règlement présenté par la grande Chancellerie avait échoué devant les scrupules du Comité de législation du Conseil d'Etat, pour qui il était difficile d'admettre la répression, par une juridiction disciplinaire, de faits non déclarés punissables par la loi pénale, bien que reprouvés par les hommes d'honneur. M. Aucoc s'élève contre ces scrupules, et, avec beaucoup de raison à notre avis, il montre que c'est le propre de toutes les juridictions disciplinaires de prévoir et de punir les actions attentatoires à l'honneur, alors même qu'elles ne sont pas l'objet possible d'une poursuite criminelle. La preuve en résultait, alors déjà, de la législation en vigueur sur la discipline judiciaire. Depuis, la question fut résolue en ce sens, par la loi du 15 juillet 1873 et le règlement du 14 avril 1874, qui indiquent les peines à infliger et la procédure à suivre à l'occasion de pareils faits. M. Aucoc étudie cette procédure organisée de façon à donner toute garantie au justiciable ; il indique les hypothèses auxquelles elle s'applique, insiste sur la prudence avec laquelle le Conseil de l'ordre doit user, et use en effet, de son pouvoir, enfin discute et résout dans le sens affirmatif la question délicate de savoir si ce pouvoir peut s'exercer à l'occasion de faits qui, prévus et déclarés punissables par la loi pénale, ne sauraient être actuellement atteints par elle, la prescription ou l'amnistie ayant mis le coupable à l'abri de son action.

Les développements qui suivent cette complète exposition de principes ne le cèdent en rien à ceux qui précèdent et par la largeur des vues et par la précision des détails. Et cependant, ils touchent aux points les plus délicats peut-être, les plus controversés à coup sûr, de la matière. Le principe de la non-rétroactivité des lois devait-il s'appliquer ici, et s'opposer à ce que des mesures de discipline nouvellement instituées fussent appliquées à des faits anciens, qui échappaient à toute répression par suite des

Digitized by Google

règles en vigueur au moment où ils se sont passés? Est-il possible de réparer les erreurs commises dans les nominations, du moins quand il s'agit de la moralité des légionnaires? Les peines disciplinaires prononcées contre eux peuvent-elles s'effacer par une réintégration dans l'Ordre? Quels sont, à ce point de vue, les effets de la réhabilitation ou de l'amnistie? Ce sont là autant de questions, dont l'intérêt théorique et pratique n'échappera à personne, et que l'auteur a traitées d'une main ferme et sûre. Nous regrettons que les limites de ce compte-rendu ne nous permettent pas d'en donner autre chose qu'une séche énumération.

L'étude se termine enfin par l'examen de la question du contrôle des nominations. « C'est assurément, dit l'auteur, un problème difficile à résoudre. A toutes les époques, et sous tous les gouvernements, des plaintes se sont élevées contre l'abus qui était fait des décorations. M. Thiers, qui savait la valeur des instruments du pouvoir et des armes de l'opposittion, a prononcé sur ces abus un jugement d'historien quand il a dit, dans son *Histoire du Consulat et de l'Empire,* « qu'ils sont inhérents à toute récompense accordée par des hommes à d'autres hommes. » Mais il ne serait pas sage de ne prendre aucune mesure pour les limiter ». Ces mesures ont fait tardivement leur apparition. La première date de 1845; ce ne devait pas être la dernière. Bien des systèmes ont été proposés; quelques-uns appliqués, puis abrogés. M. Aucoc suit pas à pas l'histoire compliquée de ces transformations successives qui devaient aboutir à la loi en vigueur du 25 juillet 1873.

Tel est l'ensemble des questions traitées par l'éminent auteur. Le peu que nous avons pu consacrer à leur examen suffira, nous l'espérons, pour inspirer le désir de lire une étude qui se recommande autant par la sûreté des développements que par le mérite d'un style sobre et précis. R. PIÉDELIÈVRE.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE

CONTRATS A TITRE ONÉREUX.

(Arrêts publiés en 1890).

Par M. J. Charmont, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

Sommaire.

I. — Ventes de machines. — Privilège du vendeur de meuble.

II. — Hypothèque légale. — Renonciation consentie par la femme au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari.

III. — Conservateur des hypothèques. — Appréciation en cas de subrogation de la capacité des parties.

IV. — Crédit Foncier. — Dispense du renouvellement décennal. — Subrogation.

V. — Sequestre de la totalité des biens d'un débiteur.

VI. — Responsabilité des colocataires en cas d'incendie.

I.

Vente de machines. — Privilège du vendeur de meubles. (Lyon, 10 août 1888. S. 90. 2. 113).

L'action créatrice de la pratique est toujours lente et le plus souvent ne se révèle qu'après coup : on peut essayer cependant de surprendre au milieu de sa tâche ce grand agent de modification du droit.

Parmi les institutions que la pratique a créées ou qu'elle a le plus développées, on peut citer toutes les garanties établies au profit du vendeur. On sait qu'en droit romain, l'emploi de la *lex commissoria* et *du pactum reservati dominii* servît en cette matière à combler les lacunes de la loi. Aujourd'hui, le Code civil ne ménage plus au vendeur, spécialement au vendeur de meuble, les garanties de paiement : nous pouvons constater néanmoins que les parties les trouvent encore insuffisantes et cherchent à les renforcer.

Parmi les modifications que peut subir entre les mains de l'acheteur un objet vendu et qui peuvent être préjudiciables au

Digitized by Google

vendeur non payé, tous les auteurs signalent celles qui auraient pour effet de transformer en immeuble une chose mobilière. Le meuble vendu peut devenir immeuble par nature ou par destination. S'il devient immeuble par nature (ce sont par exemple des matériaux incorporés dans une construction), tout le monde alors admet que le privilège du vendeur est éteint. Ces meubles en pareil cas ont perdu non seulement leur nature juridique, mais leur individualité, leur existence propre : ils font partie intégrante de la construction qu'ils ont permis d'édifier et dont on ne saurait les distinguer. Lorsqu'au contraire le meuble non payé est devenu immeuble par destination, pour déterminer l'étendue des droits du vendeur il faut se demander s'il est en concours avec des créanciers chirographaires ou hypothécaires. S'il est en concours avec des créanciers chirographaires de l'acheteur, il conserve son privilège. La solution résulte implicitement de l'art. 593 du Code de proc. civ., qui cite certains meubles devenus immeubles par destination, et admet qu'ils peuvent être, malgré cette transformation, frappés de saisie-exécution par le fabricant ou vendeur. Mais si l'on suppose le fabricant ou vendeur en présence de créanciers hypothécaires, on s'accorde généralement à reconnaître qu'il ne saurait leur opposer son privilège. Ou bien, en effet, l'hypothèque a été constituée postérieurement à la vente et à l'immobilisation de la chose vendue, et alors elle s'étend à cette chose par application de l'article 2118, aux termes duquel l'hypothèque frappe outre l'immeuble lui-même tous les accessoires réputés immeubles. Ou bien au contraire la constitution d'hypothèque est antérieure à l'aliénation, et en ce cas nous dit l'art. 2133 l'hypothèque atteint de plein droit tous les objets qui viennent s'adjoindre à l'immeuble hypothéqué. De toutes façons, le privilège du vendeur est perdu : telle est tout au moins l'opinion qui triomphe en jurisprudence [1].

Mais cette solution présente en pratique de graves inconvé-

[1] Par un arrêt du 11 janvier 87 (S. 87. 1. 154) la Cour, de cass. a formellement décidé que le vendeur n'avait, dans l'hypothèse dont nous parlons, aucun droit à l'encontre des créanciers hypothécaires et ne pouvait exercer contre eux ni son privilège, ni son action en résolution.

Digitized by Google

nients. Ces inconvénients apparaissent surtout dans les ventes de machines et d'appareils industriels. Celui qui les achète est très souvent dans l'impossibilité de les payer comptant : en améliorant ou renouvelant son matériel, il entend solder cette dépense avec le surcroît de bénéfices que lui procurera cette amélioration. De son côté, le fabricant, s'il consent à livrer des machines payables par annuités, ne peut compter sûrement sur aucune des garanties que la loi concède au vendeur. En effet, les machines installées par l'acheteur pour le service et pour l'exploitation de son usine perdent leur caractère de meubles; et nous venons de voir qu'il suffit alors que le fonds soit hypothéqué avant ou après l'immobilisation des objets vendus pour paralyser l'exercice du privilège et de l'action résolutoire.

Pour remédier à ces inconvénients et rendre possibles des arrangements très désirables, la loi belge du 16 décembre 1851 (art. 20) a décidé que, malgré l'immobilisation des machines et appareils industriels, le privilège du vendeur serait maintenu pendant deux ans à partir de la livraison, à condition d'avoir été dans la quinzaine révélé aux tiers par une transcription de l'acte de vente sur un registre spécial du tribunal de commerce dans le ressort duquel l'acheteur est domicilié. En France, où l'intervention du législateur a fait défaut, la pratique a tenté de se protéger elle-même, et voici l'expédient qu'elle a le plus souvent employé.

Le constructeur déclare donner à bail une machine, moyennant le paiement d'une redevance, et admet en même temps que l'industriel qui loue cette machine en deviendra propriétaire au bout d'un certain temps, lorsque le montant des redevances payées par lui aura atteint un certain chiffre déterminé par le contrat.

On aperçoit aisément la raison d'être de cette combinaison. Le vendeur, restant propriétaire tant qu'il n'est pas intégralement payé, conserve la faculté de revendiquer sa chose, dans la mesure où l'art. 2279 le lui permet. En même temps les machines installées dans l'usine ne perdent pas leur caractère mobilier aussi longtemps qu'elles appartiennent au fabricant : il résulte, en effet, de l'art. 524, C. civ., tel qu'il est entendu par la jurispru-

Digitized by Google

dence[1] et la très grande majorité des auteurs, que l'immobilisation par destination n'est possible qu'autant que le propriétaire du fonds est en même temps propriétaire du meuble placé dans ce fonds et destiné à son exploitation.

Mais si l'intention des parties n'est pas douteuse, l'appréciation de leur convention soulève plus de difficulté. Est-il bien certain que cette convention constitue, comme les contractants l'ont déclaré, un louage et non pas une vente? De prime abord la jurisprudence a refusé de l'admettre[2].

Il est de principe, disait-on, que le caractère véritable des actes ne se détermine pas par la qualification légale qu'il a plu aux parties de leur donner, mais par la nature des stipulations qui y sont contenues. Partant de là si l'on examine en elle-même cette convention, on y trouve tous les éléments d'une véritable vente. La vente diffère essentiellement du louage en ce que : 1° le prix convenu représente la valeur de la chose elle-même et non de la jouissance de cette chose; 2° le but des parties est de transférer non la simple jouissance, mais la propriété de l'objet du contrat. Or on constate ici que le prétendu preneur gardera définitivement cet objet et sera libéré de toute obligation après le paiement d'un certain nombre de redevances : ce paiement a donc pour cause une translation de propriété et ces redevances constituent non pas un loyer, mais un prix. A la vérité, on pourra prétendre que s'il y a vente, cette vente est effectée d'une condition suspensive : cette condition, c'est le paiement du prix. Ainsi l'acheteur ne deviendra propriétaire que lorsqu'il aura complétement achevé de se libérer. C'est une erreur, répondait l'arrêt de la Cour de Bourges : le paiement du prix est un des éléments nécessaires de la vente, une cause de l'aliénation et non une condition.

Sans entrer plus avant dans cette discussion, nous pouvons dire que cette dernière affirmation paraît tout au moins très douteuse. Il existe, en effet, un grand nombre de stipulations consi-

[1] V. Cass. 27 juin 1882, S. 83. 1. 382.

[2] Tribunal de Bourges, 5 juin 1884, sous Cass. S. 88. 1. 87. — Tribunal de Châteauroux, 20 juillet 1887, confirmé par un arrêt de la C. de Bourges, 26 décembre 87, S. 88. 2. 79.

Digitized by Google

dérées par tout le monde comme conditionnelles, et dans lesquelles l'incertitude résultant de la condition porte précisément sur la présence d'un des éléments essentiels du contrat. La loi nous dit elle-même que l'on pourra, si le prix n'est pas payé, faire résoudre la vente (C. C. 1654) : le défaut de paiement est donc une condition. D'ordinaire, il est vrai, c'est une condition résolutoire. Mais si l'on peut subordonner au non paiement la résolution du contrat, pourquoi ne pourrait-on pas inversement faire dépendre sa formation du fait du paiement[1].

Au reste, nous ne voyons pas la moindre utilité à discuter si longtemps sur ce point. Quand bien même la convention dont nous nous occupons aurait le caractère d'une vente pure et simple, il suffirait aux parties, pour atteindre le but qu'elles se sont proposé, de retarder la translation de propriété jusqu'à l'entier paiement du prix. L'art. 1583 pose en principe que la propriété de la chose vendue est transférée par le seul effet du contrat. Ce principe signifie seulement que pour transférer la propriété il n'est besoin d'aucune tradition réelle ou feinte. Mais cette translation n'a rien d'essentiel : rien ne s'oppose à ce qu'elle soit retardée ou subordonnée à la réalisation d'un certain événement. Il en est ainsi forcément lorsque la chose vendue n'existe pas encore au moment de la vente, ou lorsque existant déjà elle est indéterminée. Ainsi, on a toujours admis que la translation de propriété pouvait être retardée par la volonté des parties elles-mêmes. C'est ce qu'elles font ici : elles veulent, pour empêcher l'immobilisation des objets vendus, que l'acheteur ne devienne propriétaire qu'après l'entier paiement du prix, et leur intention n'a rien de contraire à la loi.

La jurisprudence la plus récente s'est montrée favorable à cette interprétation. Dans une hypothèse où la question n'avait qu'un intérêt fiscal, la Cour de cassation[2] a cassé le jugement du

[1] M. Appleton (sous Cass. S. 90. 1. 113) nous fait justement remarquer que déjà le droit romain l'admettait très bien. Bien qu'il considérât dans le silence de la convention le pacte commissoire inséré dans la vente comme une condition résolutoire, il reconnaissait que les parties pouvaient manifester valablement l'intention de lui donner le caractère et les effets d'une condition suspensive. (L. 1. D. *De lege commissoria*, XVIII, 3).

[2] 22 février 1887, S. 88. 1. 87.

Digitized by Google

tribunal de Bourges que nous avons cité. La même question s'est présentée depuis dans les termes où nous l'avions posée : il s'agissait bien, alors, de savoir si le fabricant serait ou non protégé contre les créanciers hypothécaires de l'acheteur. La Cour de Lyon[1], en ce cas, a décidé que l'industriel n'étant pas devenu propriétaire des appareils installés dans son usine n'avait pu leur conférer le caractère d'immeubles par destination, ni par suite les affecter à la garantie des hypothèques par lui constituées.

II.

Hypothèque légale. — Renonciation consentie par la femme au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari. (Cass. 5 mai 90. Pandectes françaises 90. 1. 241).

Ceux qui pensent que le progrès du droit doit se réaliser par voie de réforme législative liront peut-être l'arrêt ci-dessus avec quelque intérêt. Ils seront édifiés par cette lecture sur la portée d'une loi récente, celle du 13 février 1889 relative à certains cas de renonciation à l'hypothèque légale des femmes mariées.

On sait qu'en principe, l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 soumet à certaines conditions de forme et de publicité la convention par laquelle une femme transmet à un tiers ou abdique au profit de celui-ci la garantie que lui confère son hypothèque légale. Cette convention doit être constatée par acte authentique ; le cessionnaire doit faire inscrire à son profit l'hypothèque de la femme ou mentionner la subrogation consentie en sa faveur en marge de l'inscription préexistante. Mais ces dispositions ne s'appliquaient pas sans distinctions. Lorsqu'une renonciation était purement extinctive, et notamment lorsqu'elle était faite au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari, non pas pour lui transmettre l'hypothèque de la femme, mais simplement pour en débarrasser l'immeuble, la pratique s'était toujours efforcée d'échapper à l'observation de ces formalités. On se bornait en pareil cas à faire intervenir la femme dans l'acte de vente passé par le

1 Lyon, 10 août 1888, S. 90. 2. 113. V. dans le même sens un arrêt de la Cour d'Alger, 18 février 1888, rapporté dans la *Revue Algérienne*, 88, II, 415 et suivi d'une note de M. Maurice Colin.

Digitized by Google

mari; souvent cette vente était faite sous signature privée, et la renonciation qu'elle renfermait n'était jamais constatée par une inscription.

La jurisprudence cependant n'admit pas sans difficultés la régularité d'un pareil procédé. En 1866 et surtout en 1880 plusieurs décisions judiciaires[1] posèrent en principe que les formalités édictées par l'art. 9 et spécialement les formalités de publicité s'appliquaient indistinctement à toutes les renonciations. Ces décisions troublèrent le monde des affaires et soulevèrent ses protestations. Sans considérer que la question n'était pas définitivement tranchée, et qu'aux décisions précédentes on pouvait en opposer d'autres qui consacraient une solution contraire, on désespéra d'obtenir gain de cause auprès des tribunaux, et formant comme un dernier recours, on fit appel à l'intervention législative. Une pétition signée par un grand nombre de notaires sollicita instamment cette intervention. Dans un pays, comme le nôtre, où le mécanisme législatif fonctionne si difficilement, on ne le voit pas souvent s'ébranler ainsi au premier appel. Cependant le vœu des notaires fut exaucé. Au mois de novembre 1881 le gouvernement déposait un projet destiné à leur donner satisfaction, et ce projet étudié, discuté et quelque peu modifié devenait en moins de huit années (ce qui peut sembler court) la loi du 13 février 1889.

Mais ce qu'il est également intéressant de constater, c'est que, pendant ce temps, la jurisprudence tendait à se montrer moins rigoureuse : plusieurs Cours d'appel[2] reconnaissaient la régularité du procédé suivi par la pratique. Et plus récemment, la Cour de cassation, appelée dans son arrêt du 5 mai 1890 à se prononcer sur la validité d'un acte antérieur par sa date à la loi nouvelle, a formellement déclaré que cette loi n'avait réalisé aucune innovation. En effet, l'arrêt s'exprime ainsi : « Attendu que si la loi du 13 février 1889, dont le but a été de mettre fin sur ce point à toute controverse, contient en ce sens une disposition expresse, elle n'a point innové dans cette mesure, mais consacré la

[1] V. Ces arrêts rapportés ou cités dans Sirey, 1881. 1. 473.

[2] V. notamment, Paris, 9 février 1883, Dijon, 6 février 89, S. 89. 2. 78.

Digitized by Google

doctrine généralement admise dans la pratiqae, tout en la complétant par des dispositions accessoires. »

Que faut-il donc conclure de là ? Si nous disions que l'intervention du législateur s'est manifestée lorsqu'elle devenait inutile, notre conclusion ne serait pas absolument exacte. En effet, cette intervention n'a pas abouti à consacrer purement et simplement l'usage légitimé par la jurisprudence, et à considérer les renonciations consenties par les acquéreurs d'immeubles comme affranchies de toutes les formalités prescrites en 1855. La loi nouvelle admet que la publicité de ces renonciations résultera suffisamment de la transcription des actes de vente ; mais en même temps elle exige qu'elles soient contenues dans des actes authentiques.

Les notaires signataires de la pétition adressée aux Chambres s'étaient montrés très discrets tout en demandant davantage. Mais si l'on ne donne qu'une satisfaction partielle à leur réclamation, ils ne songeront point à s'en plaindre, puisqu'en somme leur ministère devient obligatoire dans des cas où il ne l'était pas. Ils trouveront donc leur profit dans l'application de la mesure qui vient d'être votée ; et c'est bien ce qui prouve qu'elle aura son utilité [1].

III.

Conservateur des hypothèques. — Appréciation en cas de subrogation de la capacité des parties. (Aix, 29 avril 90, Amiens, 14 juin 90, S. 90, 2 p. 130 et 168).

C'est un principe de notre droit que la publicité d'un acte ne constitue pas la preuve de sa validité. Un acquéreur d'immeuble fait transcrire son titre : la transcription rend son droit, s'il existe, opposable à tous, mais n'en établit pas l'existence ; si l'auteur n'était pas propriétaire ou si l'acquisition est entachée de certains vices, l'acquéreur reste exposé à tous les risques d'éviction ou de nullité. De même, un créancier fait inscrire son hypothèque :

[1] Cette loi du 13 février 1889 contient en outre certaines dispositions complémentaires auxquelles notre arrêt d'ailleurs fait allusion ; mais ces dispositions ne sont pas elles-même à l'abri de tout reproche. V. notamment, Escorbiac, *Lois Nouvelles*, années 1889, 1re partie, p. 117 et suiv.

Digitized by Google

cette inscription fixera le rang de l'hypothèque, mais n'empêchera pas que le cas échéant on puisse prétendre qu'elle n'a pas été conférée valablement. Ces principes permettent de déterminer facilement le rôle du fonctionnaire chargé de la conservation des hypothèques : ce n'est pas, comme en certains pays, en Prusse et en Australie par exemple, une sorte de juge chargé d'apprécier la régularité et la valeur des titres qu'on lui présente; sa mission se borne à l'accomplissement d'une formalité matérielle destinée à porter certains actes à la connaissance des tiers. On comprend donc que l'art. 2199, C. civ., interdise aux conservateurs de refuser ou retarder la transcription des actes de mutation, l'inscription des droits hypothécaires ou la délivrance des certificats requis sous peine de dommages et intérêts. Il est un cas cependant où l'on doit nécessairement leur reconnaître un certain pouvoir d'appréciation : c'est celui où il s'agit pour eux de procéder à une radiation d'hypothèque. Faite inconsidérément, cette radiation peut avoir, en effet, des conséquences très dommageables : elle permet aux tiers de considérer comme affranchi l'immeuble antérieurement grevé, et alors même que l'inscription indûment radiée serait plus tard rétablie, elle ne rendrait pas au créancier restitué dans ses droits son ancien rang. On pourra discuter sur le point de savoir s'il ne continuera pas à être préféré aux créanciers qui s'étaient fait inscrire avant la radiation et qui occupaient alors un rang postérieur au sien; mais il est bien certain que tous les créanciers nouveaux qui ont pris inscription pendant l'intervalle qui s'est écoulé entre la radiation et le rétablissement passeront avant lui. Si le fait d'une radiation précipitée peut être très préjudiciable, il est remarquable, au contraire, que le retard apporté dans cette opération n'a presque aucun inconvénient. L'inscription subsiste provisoirement; le crédit du débiteur en souffre un peu sans doute, mais tous ceux qui consentiront à traiter avec lui obtiendront, lorsque la mainlevée sera définitivement prononcée, ou la péremption décennale accomplie, la place qu'ils auraient eue si la radiation avait été opérée sans retard.

Puisque de toutes façons il faut courir un risque, la loi préfère donc s'exposer à celui de voir maintenir l'inscription d'une

Digitized by Google

hypothèque éteinte; et par exception elle admet que le conservateur avant de radier une hypothèque appréciera la régularité de l'acte par lequel le créancier consent à cette radiation. C'est ce qui résulte implicitement de l'art. 2157 aux termes duquel « les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées *ayant capacité à cet effet*, ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée. »

On peut supposer maintenant qu'il s'agit pour le conservateur non pas d'inscrire ou de radier une hypothèque, mais de mentionner en marge d'une inscription préexistante une cession ou subrogation consentie par le créancier. En pareil cas pourra-t-il rechercher si cette subrogation est régulière, ou bien devra-t-il déférer sans examen aux réquisitions qui lui sont adressées? La question en réalité consiste à savoir s'il faut traiter la subrogation comme une inscription ou une radiation : elle s'est présentée deux fois pendant le cours de l'année précédente, et les décisions qui sont intervenues l'ont résolue différemment.

La Cour d'Amiens[1] reconnaît au conservateur le droit de contrôler la régularité de l'acte et la capacité des parties. En effet, dit-elle, la subrogation entraîne l'extinction du droit du subrogeant : elle produit donc pour lui les mêmes effets qu'une radiation. Par conséquent, le même examen s'impose dans les deux cas. On a cru fortifier cette argumentation en faisant remarquer que la solution contraire rendrait possible une fraude assez dangereuse. « Toutes les fois, dit Baudot[2], qu'une inscription sera requise au profit d'une personne n'ayant pas capacité pour donner mainlevée et qu'on voudra cependant l'obtenir, on lui era consentir le transfert au profit d'un tiers. Le conservateur sera contraint d'opérer la mention de la subrogation, et ensuite de radier l'inscription sur le consentement du cessionnaire. »

Nous croyons cependant préférable d'admettre, comme l'a fait la Cour d'Aix sur les conclusions conformes de M. le Procureur général Naquet[3], que le conservateur doit, sur la réquisition

[1] S. 90. 2. 168.

[2] *Traité des formalités hypothécaires*, t. Ier, no 770, p. 340 et suiv.

[3] Ces conclusions sont reproduites en même temps que l'arrêt dans le R. de Sirey, 90. 2. p. 130.

Digitized by Google

des parties, mentionner la cession ou subrogation, sans en apprécier la validité. Et d'abord, nous n'avons pas le droit d'oublier quelle est la règle : l'art. 2157 y déroge en cas de radiation, mais les exceptions ne s'étendent point. Il faudrait tout au moins qu'il y eût dans les deux cas identité de raison. Or cette identité n'existe pas.

La subrogation et la radiation ne produisent pas les mêmes effets : la radiation affranchit l'immeuble ; la subrogation laisse subsister l'hypothèque et modifie seulement le nom du créancier. L'hypothèque radiée ne peut pas, lorsqu'elle est rétablie, recouvrer sa date et son rang primitif : la nullité de la subrogation ne porte aucune atteinte au droit hypothécaire et ne change en rien le classement des différentes hypothèques qui peuvent grever le même immeuble. On ne peut pas dire non plus, comme le fait inexactement M. Baudot, que la subrogation peut être un moyen frauduleux de faire opérer plus tard à la requête du subrogé une radiation qui n'aurait pas pu être valablement consentie par le subrogeant. Et en effet, lorsque la radiation sera demandée par le subrogé, le conservateur aura le devoir d'examiner si le requérant a véritablement qualité pour donner mainlevée. On sera donc alors amené à rechercher si cette subrogation a été faite valablement, si elle a pu avoir pour effet d'investir le subrogé du droit hypothécaire du subrogeant.

Mais s'il en est ainsi, et si le conservateur doit toujours à un moment donné apprécier la validité de la subrogation, n'est-il pas plus simple de ne pas ajourner cet examen, et d'y procéder lorsqu'on lui demande de mentionner sur ses registres l'existence de cette subrogation ? C'est alors que son attention est naturellement attirée sur la validité de l'opération : pourra-t-il aussi facilement la vérifier plus tard, ne peut-on pas craindre des complications, des transmissions nouvelles qui rendront son examen plus malaisé ? Nous relevons précisément cette objection dans l'arrêt de la Cour d'Amiens, mais il ne nous paraît pas impossible d'y répondre. Lorsque la loi accorde ou refuse au conservateur un certain pouvoir d'appréciation, nous savons d'après quelles raisons elle se décide. Elle recherche avant tout quel est l'intérêt des parties. Or dans le cas qui nous occupe, la mention

Digitized by Google

d'une subrogation irrégulière ne peut avoir légalement aucun inconvénient, tandis qu'un retard peut compromettre irrémédiablement le droit du subrogé. Nous disons que le fait d'inscrire une subrogation irrégulière ne peut avoir aucune conséquence dommageable : cette mention ne couvre pas le vice de l'acte et ne porte pas atteinte au droit de ceux qui ont qualité pour l'attaquer. Au contraire, si la cession ou subrogation n'est pas inscrite immédiatement, peut-être ne pourra-t-elle pas l'être plus tard, ou du moins ne pourra-t-elle pas l'être utilement [1] ? C'est la considération de ce danger qui a fait édicter la règle professionnelle posée par l'art. 2199 ; et c'est elle aussi qui nous oblige à l'observer ici.

IV.

Crédit Foncier. — Dispense du renouvellement décennal. — Subrogation. (Toulouse, 1er mars 1889, S. 90, 2. 129).

On sait que le principe du renouvellement décennal ne s'applique pas aux inscriptions prises au profit du Crédit Foncier : il résulte de l'art. 47 du décret du 28 février 1852, que ces inscriptions sont dispensées de cette formalité pendant toute la durée du prêt. Une difficulté s'est élevée sur le point de savoir quelle est la portée de cette mesure de faveur. Pour apercevoir cette difficulté, il faut distinguer deux hypothèses. Il peut se faire que le Crédit Foncier soit subrogé au bénéfice d'une inscription prise originairement par un tiers ; il peut arriver également qu'un tiers acquière, par voie de cession ou de subrogation, une créance hypothécaire du Crédit Foncier. Dans le premier cas on a toujours reconnu que si l'on mentionnait en marge de l'inscription préexistante la subrogation consentie au Crédit Foncier, toute obligation

[1] Et en effet, alors même qu'on élève des doutes sur la validité d'une cession, il peut se faire que le sort de l'hypothèque dépende de la volonté du cédant. Il en était ainsi précisément dans l'espèce sur laquelle a statué la Cour d'Aix ; dans cette espèce une femme séparée de biens avait sans l'autorisation du mari cédé une créance hypothécaire. On prétendait que cette cession n'était pas régulière, mais en même temps on était bien obligé de reconnaître que la femme séparée ayant pleine capacité pour recevoir paiement pouvait par cela même donner quittance et mainlevée.

Digitized by Google

de renouveler cette inscription cessait désormais. On peut dire, en effet, que la disposition de l'art. 47 s'applique ici d'une manière formelle; à partir du moment où la qualité du nouveau créancier est indiquée sur les registres, il doit profiter du privilège que la loi entend lui conférer. Mais lorsqu'on se trouve dans l'hypothèse inverse, lorsque la subrogation est consentie non pas au Crédit Foncier, mais par lui au profit d'un tiers, on peut alors se demander si la dispense de renouvellement subsiste encore.

La Cour de Toulouse se prononce pour l'affirmative et se borne à dire, pour motiver sa décision, que le droit conféré par le décret de 1852, aux sociétés de Crédit Foncier, présente *un caractère évident de réalité et non de personnalité*. Nous ne pouvons voir là qu'une affirmation et la forme même de cette affirmation nous parait assez vague. Il semble bien cependant que la Cour, en attribuant à la dispense de renouvellement un caractère non pas personnel, mais réel, a voulu dire que cette dispense est attachée à la nature de la créance et non à la personne du créancier. Evidemment, si l'on admet cette interprétation, la solution précédente est logique : acçessoire de la créance, le bénéfice de la dispense d'inscription se transmet avec elle. Si l'on considère au contraire que cette dispense tient à la qualité du créancier, il faut appliquer une règle acceptée sans contestation en matière de subrogation et de cession de créances et décider qu'elle ne profitera ni au subrogé, ni au cessionnaire. C'est à cette dernière opinion que nous croyons devoir nous rallier.

Les principes généraux d'abord nous y obligent, il s'agit ici d'une dérogation au droit commun. A tort ou à raison, on a voulu, pour favoriser le Crédit Foncier l'affranchir d'une formalité gênante, mais qu'on s'accorde à regarder comme une condition de bonne publicité. Nous ne voulons pas nous demander s'il n'y a pas plus d'inconvénients que d'avantages à sacrifier au développement d'une institution, même digne d'être encouragée, un intérêt aussi considérable. On nous répondrait que nous soulevons là une question de législation, dont l'interprète n'a pas à se préoccuper. Mais tout au moins, il faudra bien nous accorder que de pareils privilèges doivent être entendus strictement.

Digitized by Google

Ainsi s'il y a doute sur le point de savoir si la dispense de renouvellement tient à la nature de la créance ou à la qualité du créancier, nous prétendons que ce doute tend à faire prévaloir une interprétation limitative. Mais la vérité c'est que l'incertitude dont nous parlons n'existe pas. Lorsqu'on admet que le Crédit Foncier qui se rend acquéreur d'une créance hypothécaire bénéficie de la dispense de renouvellement s'il a fait mentionner en marge de l'inscription originaire la cession faite à son profit, n'admet-on pas par cela même que cette dispense n'est pas un accessoire de la créance? La créance, en effet, reste la même et cependant le Crédit Foncier jouit d'un droit que son cédant n'avait pas. Par conséquent c'est une faveur purement personnelle qu'il réclame, elle a pris naissance lorsqu'il est devenu créancier, inversement elle ne subsistera pas lorsqu'il cessera de l'être.

Enfin, ne peut-on pas chercher dans la loi de 1855 un puissant argument d'analogie? La femme mariée est traitée plus favorablement encore que le Crédit Foncier puisqu'en principe elle peut faire valoir son hypothèque indépendamment de toute inscription. Et cependant l'art. 9, de la loi de 1855, décide que ce bénéfice cessera lorsque l'hypothèque sera cédée : les cessionnaires ne seront saisis de l'hypothèque à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. On peut dire, il est vrai, que les principes qui ont présidé à la confection de la loi de 1855 ne sont pas ceux qui ont inspiré le décret de 1852 : rapprochée de la législation antérieure, la loi de 1855 est sévère, le décret de 1852 est indulgent; la première édicte des formalités nouvelles, l'autre supprime quelques-unes de celles qui existaient auparavant ou en atténue la rigueur. Mais nous ne voyons pas là de raison pour négliger la plus récente de ces mesures législatives lorsqu'il s'agit d'interpréter la plus ancienne : tout au contraire. Le droit est la résultante des besoins sociaux qui se modifient sans cesse. Souvent la jurisprudence reconnaît la nécessité de tenir compte dans l'application des lois de motifs et d'idées inconnus du législateur par lequel ces lois ont été faites. A plus forte raison doit-il en être ainsi lorsqu'à son tour le législateur lui-même a subi l'influence de ces innovations.

Digitized by Google

V.

Sequestre de la totalité des biens d'un débiteur. (Cass. 13 novembre 1889, S. 90. 1. 8).

Il y a dix ans, dans une remarquable étude sur la Déconfiture, M. Garraud [1] signalait comme très répandue et particulièrement fréquente à Lyon la pratique des *sequestres* et *liquidations judiciaires*. Cette pratique avait un double objet: elle permettait au commerçant qui se voyait à la veille de cesser ses paiements ou les avait déjà suspendus d'éviter la faillite; elle procurait aux créanciers d'un non-commerçant un moyen plus rapide et plus économique de réaliser et de partager entre eux l'actif de leur débiteur. A la demande des intéressés, une ordonnance de référé désignait un sequestre ou liquidateur et lui donnait mandat d'administrer les biens du débiteur, de toucher toutes les sommes qui pouvaient lui être dues, d'exercer en son nom toutes poursuites et de procéder à toutes distributions amiables entre les créanciers.

A plusieurs reprises, la Cour de cassation fut appelée à se prononcer sur la légalité de ces liquidations, mais toujours elle refusa de l'admettre [2]. Le dernier arrêt du 13 novembre 1889 se conforme aux précédents, et par conséquent ne semble pas devoir attirer l'attention. Cependant la multiplicité de ces décisions prouve en même temps la persistance d'une pratique [3] qui survit à tant de condamnations, et que beaucoup de tribu-

[1] *Revue pratique*, t, 47, p. 317 et suiv. V. également dans le *journal des faillites*, une dissertation du même auteur sur les liquidations judiciaires, (année 1882, p. 149).

[2] V. notamment cass. 17 janvier 1855, S. 55. 1. 97. — 10 juillet 1876, S. 76. 1. 405. — 14 novembre 1883, S. 85. 1. 423.

[3] On comprend bien néanmoins qu'elle ne se maintienne qu'avec peine: un renseignement que nous devons à l'obligeance de M. Garraud nous apprend notamment qu'à Lyon elle n'est plus suivie actuellement que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple, en cas de fuite d'un notaire ou lorsque tous les intéressés la réclament d'un commun accord. Et dans ce dernier cas nous verrons bientôt que sa régularité est hors de doute.

Digitized by Google

naux et même de cours d'appel hésitent encore à répudier. Voyons donc s'il n'y a pas là un utile sujet d'observations.

Ce qu'on peut constater tout d'abord, c'est que tous ceux qui ont étudié de près ces liquidations judiciaires ont été frappés de leur extrême utilité. Ne parlons pas ici de leur application aux commerçants : pour ceux-là c'était avant tout un moyen d'échapper aux conséquences de la faillite, et depuis la réforme réalisée par la loi du 4 mars 1889, cet expédient a presque entièrement perdu l'intérêt qu'il pouvait avoir. Reconnaissons pourtant que cette réforme a régularisé notre pratique plutôt qu'elle ne l'a supprimée. Elle a tenu compte des causes qui l'avaient suscitée ; elle lui a conservé ses principaux caractères et le nom même qui servait à la désigner. Entre les liquidations dont nous nous occupons et celle que la loi de 1889 vient d'instituer il n'y a pas identité, mais il y a tout au moins de grandes analogies. Si nous revenons au droit civil, nous voyons qu'en cette matière, la liquidation judiciaire apparaît avant tout comme une mesure destinée à combler les lacunes de la loi. La loi civile en effet ne s'est pas préoccupée d'organiser le régime de la déconfiture. L'insolvabilité d'un débiteur non commerçant, en principe, n'entraîne pour lui aucune incapacité, aucune diminution de droits ; il garde l'administration et la disposition de ses biens. Les actes passés par lui au préjudice de ses créanciers ne peuvent être attaqués que par l'action Paulienne. De leur côté, ces créanciers conservent leur droit de poursuite individuelle ; et non seulement la multiplicité des poursuites augmente inutilement les frais, mais elle aboutit le plus souvent à permettre aux uns de s'assurer grâce à l'hypothèque judiciaire une injuste situation au détriment des autres. Au contraire, la liquidation permet d'éviter tous ces inconvénients. Elle dessaisit le débiteur au moment où son administration peut devenir dangereuse, elle substitue aux poursuites individuelles une mesure de réalisation collective. Toutes les précautions sont prises pour que les créanciers soient connus et payés au marc le franc. Enfin, nous dit M. Garraud, les hommes d'affaires à qui les tribunaux confient ces liquidations, en l'absence de toute organisation légale, ont eu l'heureuse inspiration de soumettre leurs pouvoirs à une réglementation

Digitized by Google

volontaire, qui fonctionne au mieux des intérêts des créanciers et des débiteurs [1]. »

Ainsi cette institution se présente, avant tout examen de sa validité, sous un jour très favorable : on voudrait *a priori* pouvoir l'admettre. Peut-on le faire sans illégalité ?

Tous ceux qui résolvent affirmativement cette question n'invoquent pas, pour appuyer leur solution, les mêmes motifs.

Le plus souvent, on considère l'admission de la liquidation comme une application des règles sur le sequestre. Il résulte de l'article 1961 du C. civ. que le juge peut ordonner le sequestre « d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes. » En s'y prétendant autorisé par la tradition, on interprète assez largement cette disposition. On soutient qu'elle n'est pas limitative ; tout au moins, on assimile à la chose litigieuse celle qui est affectée à la garantie des obligations du débiteur. Toutes les fois que l'exécution d'une obligation peut soulever des difficultés ou que cette exécution risque de devenir impossible par suite des agissements du débiteur, le créancier peut demander au juge de prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation de son gage, et son gage comprend la totalité du patrimoine. La possession de ce patrimoine sera donc désormais enlevée au débiteur ; le juge désignera un sequestre chargé de veiller à l'intérêt des créanciers. Et comme cet intérêt commande ici la réalisation et le partage de l'actif, le sequestre aura mission d'y procéder.

Tel est à peu près le raisonnement qu'on retrouve dans toutes les décisions des tribunaux et des cours qui ont admis jusqu'ici la légalité de la liquidation : il faut avouer qu'ainsi motivées ces décisions s'exposaient à la censure de la Cour de cassation.

La Cour de cassation aperçoit, en effet, dans cette argumentation deux vices essentiels.

D'une part, elle altère la nature et le caractère du séquestre, qui n'est qu'une variété du dépôt, et ne peut être considéré que

[1] *Revue pratique, loco citato*, p. 331. — Le règlement adopté pour ces liquidations par le tribunal de commerce de Lyon a été publié dans le *Journal des Faillites*, année 1882, p. 222.

Digitized by Google

comme une mesure conservatoire. En admettant, — ce qui, d'ailleurs, est contestable, — que cette mesure puisse être ordonnée par le juge dans d'autres cas que ceux qui sont formellement prévus par la loi, elle ne peut aboutir à une liquidation.

Et de plus, le régime qu'on institue méconnaît à la fois les droits du débiteur et ceux des créanciers. Nous avons dit qu'en cas de déconfiture le débiteur n'est frappé d'aucune incapacité ; il conserve donc, conformément à l'art. 537, l'entière disposition de ses biens. Nulle part, la loi n'autorise les tribunaux à lui retirer cette faculté. Quant aux créanciers, ils ont individuellement le droit de poursuivre tous les biens compris dans leur gage : comment comprendre que ce droit puisse être arbitrairement suspendu?

M. Garraud, qui lui-même a présenté fortement toutes ces objections, et qui estime avec la Cour de cassation que les règles du sequestre ne sauraient être invoquées pour établir la régularité de ces liquidations, propose un autre moyen de les justifier. Ne peut-on pas, nous dit-il, les fonder sur les principes de la cession de biens judiciaire[1] ? L'art. 1268 du C. civ. autorise le débiteur malheureux et de bonne foi à faire en justice abandon à ses créanciers de tous ses biens pour échapper à la contrainte par corps. Il est vrai qu'aujourd'hui la contrainte par corps est abolie en matière civile et commerciale, et cette abrogation paraît avoir enlevé à la cession de biens toute son utilité. Le débiteur cependant peut avoir un autre intérêt à obtenir ce bénéfice : l'abandon lui permettra d'éviter la plus grande partie des frais qu'entraînerait la multiplicité des poursuites.

Nous reconnaissons ce qu'il y a de séduisant dans cette idée : le juriste doit, autant que son rôle d'interprète le lui permet, s'efforcer de donner satisfaction aux exigences de la pratique; et très souvent, le meilleur moyen d'y réussir consiste à tirer habilement parti d'une institution ancienne que l'on a cessé d'appliquer et qui paraît avoir perdu sa raison d'être. Malheureusement, nous ne croyons pas que, dans le cas qui nous occupe, on puisse utiliser ainsi la cession de biens sans se mettre en opposition formelle avec la loi. Faut-il rappeler que la cession de biens judi-

1 *Journal des faillites, loc. cit.*, p. 159.

Digitized by Google

ciaire a toujours été considérée comme une faveur? De droit commun, celui qui est tenu personnellement ne peut se soustraire par un abandon aux poursuites de ses créanciers. Sans doute, cet abandon n'a pas un effet aussi pleinement libératoire que s'il émanait d'un débiteur uniquement tenu *propter rem*, puisque la cession faite en justice ne libère le cèdant que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés. Mais dans cette mesure, elle reste cependant une exception. En modifiant la situation du débiteur, elle modifie également celle des créanciers : elle entraîne la cessation des poursuites individuelles et les prive, par conséquent, d'un droit qui leur appartenait. Et de là cette conséquence nécessaire qu'elle ne peut être admise que lorsque la loi l'autorise expressément. Or, la loi ne l'a autorisée qu'en vue d'éviter la contrainte par corps : l'interprète ne peut tenir compte d'aucun autre intérêt pour étendre la portée de cette application.

Ainsi, (et nous n'arrivons à cette conclusion qu'avec regret), nous ne voyons point de moyen légal qui permette d'attribuer dans notre droit à la pratique de la liquidation la place qu'elle devrait avoir.

Est-ce à dire que cette pratique ne sera jamais possible? Personne assurément ne l'a soutenu.

Et d'abord, il est deux cas où l'on reconnaîtra sans grandes difficultés, qu'elle n'a rien d'anormal.

Si le débiteur est décédé et si sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, l'heritier bénéficiaire, qui n'est tenu d'aucune obligation personnelle, peut d'après l'art. 802 abandonner les biens de la succession aux créanciers et aux légataires. Ces derniers procèdent eux-mêmes à la liquidation. S'ils sont d'accord, ils en règlent à leur gré les conditions; s'il y a désaccord, le juge saisi par le plus diligent et n'étant lié par aucun texte pourra nommer un liquidateur judiciaire. On a prétendu cependant qu'en pareille hypothèse, le juge devait considérer la succession comme vacante, et désigner un curateur, sans spécifier sa mission et la nature de ses fonctions, puisqu'elles sont réglées par les art. 998 et s. du C. de procédure. Mais cette opinion, qui repose sur une fausse analogie, n'a trouvé que de rares par-

Digitized by Google

tisans. Et en effet, l'abandon consenti par l'héritier bénéficiaire n'équivaut pas une renonciation : la succession ne devient pas vacante, et par conséquent l'art. 812, qui n'impose la nomination d'un curateur que lorsqu'il n'y a pas d'héritier connu ou que les héritiers connus ont renoncé, est ici sans application.

Un autre cas plus simple encore est celui, où du vivant même du débiteur, tous les intéressés s'entendent pour organiser une liquidation. Il y a là une cession de biens volontaire dont les conditions peuvent être librement déterminées par les parties.

Mais nous allons plus loin. Nous croyons, avec M. Garraud, que lorsque le débiteur ne s'oppose pas à la nomination d'un liquidateur sequestre, celui-ci peut être désigné par le juge, car le seul obstacle à cette désignation, provient de ce que le débiteur ne peut être dépouillé de l'administration et de la disposition de ses biens. Et cet obstacle disparaît s'il donne son assentiment à la nomination. Il faut ajouter cependant que cette nomination ne pourra pas porter atteinte au droit de poursuite de ceux des créanciers qui ne l'auront pas provoquée. Seulement, tout en reconnaissant ce droit de poursuite, ne pourrait-on pas en atténuer les inconvénients en décidant que celui qui l'invoque doit avoir un intérêt personnel à l'exercer? En d'autres termes, l'action individuelle ne sera pas recevable toutes les fois qu'elle aura pour but et pour unique effet de contrarier la liquidation commencée : le créancier qui veut intenter cette action doit prouver non seulement son droit, mais en même temps son intérêt. Au reste, on ne ferait qu'appliquer ici la solution déjà consacrée par la jurisprudence en matière d'acceptation bénéficiaire, et selon laquelle, en cas de conflit entre l'héritier bénéficiaire et les créanciers, il appartient au tribunal d'attribuer la réalisation des immeubles à l'un ou à l'autre, suivant les circonstances, en se déterminant d'après l'intérêt des parties [1].

On pourrait de cette façon laisser encore à l'application de la liquidation une certaine importance.

[1] Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre précédent examen doctrinal; *Revue critique*, 1890, p. 1.

Digitized by Google

VI.

Responsabilité des colocataires en cas d'incendie. (Loi du 5 janvier 1883. Cass. ch. civ. 4 juin 89. Dalloz. 90. 1. 351).

En 1886, il semblait à M. Labbé [1] qu'il était trop tôt pour rechercher la portée de la réforme réalisée par la loi du 5 janvier 1883 : mais nous craignons maintenant qu'il ne soit trop tard. L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 5 avril 1887 ne laissait pas grande espérance aux partisans d'une doctrine chaleureusement soutenue dans cette Revue : et pourtant, il leur était encore permis de regretter que la Chambre civile n'eût pas été saisie de la question [2]. S'ils comptaient un peu sur ce recours, cette dernière consolation vient de leur être enlevée.

L'année passée, la Chambre des Requêtes eut à statuer sur deux pourvois formés contre des décisions, qui l'une et l'autre se rapportaient à la même question, mais la tranchaient en sens contraire. Nécessairement il fallait que l'un de ces pourvois arrivât à la Chambre civile : pour ne pas s'exposer à une contradiction, la Chambre des Requêtes a jugé plus sage de les lui renvoyer tous les deux.

Ne fût-ce que pour dresser l'acte mortuaire de cette controverse, rappelons brièvement le point sur lequel elle portait.

L'art. 1734, C. civ., décidait que lorsqu'une maison habitée par plusieurs locataires était incendiée, tous étaient en principe solidairement responsables des suites de l'incendie. La loi de 1883 a eu pour but et pour effet de supprimer cette solidarité et d'établir seulement à la charge de chaque locataire une responsabilité proportionnée à la valeur locative de son appartement. Pour échapper à cette responsabilité, il faut établir que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un des locataires, auquel cas celui-là seul en est tenu ; ou qu'il n'a pu commencer chez certains locataires, auquel cas ceux-là ne sont pas obligés. Mais cette exonération des uns aura-t-elle pour effet d'augmenter la charge des autres ? Voilà le sujet du débat.

[1] *Revue critique*, t. 15, Nouvelle série, *Examen doctrinal*, p. 441.

[2] Même Revue, t. 17, *Examen doctrinal* de M. Planiol, p. 288.

Digitized by Google

A cette question, la plupart des auteurs avaient répondu négativement : pour eux la loi nouvelle n'était qu'un retour au droit commun, c'est que le locataire est tenu d'une responsabilité qui prend sa source dans son contrat et se limite à la valeur de la partie de l'immeuble qu'il occupe. Ce contrat l'oblige à restituer cette partie seulement : si l'habitation est détruite tout entière et que la cause du sinistre soit ignorée, le preneur pour la part dont il est responsable est dans la situation d'un débiteur de corps certain tenu de restituer et hors d'état de remplir son obligation. Une présomption de faute[1] s'élève contre lui et pour renverser cette présomption il faudrait que celui sur lequel elle pèse fît la preuve que l'accident est arrivé par suite d'un cas fortuit ou par force majeure. Mais dans aucun cas les conséquences de cette faute *contratuelle* n'excèdent la mesure des obligations résultant du contrat lui-même. Pour obtenir de ce locataire responsable la réparation intégrale du préjudice causé, il ne suffirait pas d'établir que l'incendie n'a pas commencé chez les autres ou qu'il a commencé dans son appartement : il serait nécessaire de prouver qu'il est l'auteur direct de l'accident; il répondrait alors d'une *faute délictuelle*, et l'on aurait contre lui une action en indemnité fondé sur le principe général qui sert de base à l'art. 1382.

Malheureusement, la jurisprudence, après une courte hésitation, s'est prononcée d'une façon très décidée contre cette interprétation. Et le dernier arrêt de la Chambre civile donne à la solution déjà consacrée une sanction définitive. Pour la justifier, on fait remarquer tout d'abord que le C. civil, en déterminant l'étendue de la responsabilité du locataire en cas d'incendie, apportait au droit commun une double dérogation. D'une part,

[1] Nous disons que cette faute est présumée parce qu'en pareille hypothèse le bailleur n'a pas à la prouver, mais nous reconnaissons que cette expression, qu'on emploie communément parce qu'elle est commode, a cependant quelque chose d'équivoque. Comme le fait remarquer M. Saleilles, elle donne à croire que l'incendie est dû nécessairement à la négligence du locataire, tandis qu'en réalité la faute de ce dernier n'est pas spécialisée. Elle résulte d'une manière générale de l'inexécution de son obligation, « sans que le fait d'où dérive cette inexécution ait été déterminé. » V. Saleilles. *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, p. 395.

Digitized by Google

l'art. 1733 déclarait que le preneur devrait répondre au regard du bailleur de toutes les conséquences de l'incendie, bien qu'il n'ait pris à bail qu'une partie de l'immeuble. En second lieu l'article 1734, supposant la maison habitée par plusieurs locataires, établissait entre eux un lien de solidarité. Qu'a fait la loi de 1883? Elle a modifié l'art. 1734, mais elle n'a pas touché à l'art. 1733. Ainsi la solidarité disparaît, mais le principe d'une responsabilité spéciale exorbitante du droit commun subsiste toujours. Si l'on objecte que cette manière de voir est contredite par les travaux préparatoires, la Cour de cassation se borne à répondre « qu'il ne suffit pas qu'une opinion se soit produite dans la discussion d'une loi, si le vote d'aucun texte conforme n'est venu l'appuyer. »

A la vérité, il nous semble que c'est traiter bien légèrement un argument sérieux. Ce qu'invoquent les partisans du système de la responsabilité contractuelle, ce n'est pas seulement une opinion isolée produite au cours d'une discussion : c'est le dissentiment qui s'est élevé entre les deux Chambres, et c'est plus encore l'accord significatif qui l'a terminé [1].

Mais à quoi servirait d'insister? Nous ne voulions pas soulever

1 On sait ce qui s'est passé. Le système qui l'emporte en jurisprudence et qui consiste à supprimer la solidarité sans limiter dans tous les cas la responsabilité de chaque locataire à la valeur de l'appartement qu'il occupe avait été tout d'abord consacré par la Chambre des députés. Cela résultait du texte même de la disposition qui déclarait formellement que si quelques-uns des locataires réussissaient à prouver l'absence de faute, les autres restaient tenus de la réparation intégrale de l'incendie. Mais le système contraire, celui de la responsabilité contractuelle, fut adopté par le Sénat, et le rapporteur M. Batbie observa qu'il était seul conforme aux principes, qu'augmenter la responsabilité des locataires présumés en faute en cas d'exonération d'un ou de plusieurs autres, « *c'était rentrer dans l'obligation in solidum après l'avoir condamnée.* » Lorsque le projet ainsi modifié revint devant la Chambre des députés, M. Durand constata dans son dernier rapport que, malgré ses préférences pour le système de la Chambre, la commission se ralliait à celui du Sénat et en proposait l'adoption « pour ne pas compromettre par une divergence de vues sur un point particulier le sort même de la réforme. » Et en effet cette rédaction fut acceptée. V. le *Journal Officiel* du 29 septembre 1882, p. 2230, et les Lois annotées de Sirey, 1883, p. 409.

Digitized by Google

de nouveau la question puisqu'elle est épuisée et décidément résolue : nous avons cru seulement qu'on ne devait pas laisser passer inaperçu ce nouvel échec de la théorie des deux fautes, qui, sans réaliser absolument toutes les espérances qu'elle avait fait naître, pouvait être cependant féconde en conséquences pratiques, donner une satisfaction immédiate et au moins provisoire à des besoins nouveaux, et rajeunir certaines parties de notre droit.

J. CHARMONT.

DE LA PROPRIÉTÉ ET DES SERVITUDES RURALES D'APRÈS LA LOI DE 1791,

(*Suite* [1])

par M. Ferdinand Jacques, docteur en droit,
ancien président du Tribunal d'Avignon, correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

38. A une époque où la loi représentée par des coutumes variait à l'infini, alors que chaque localité grande ou petite avait sa charte spéciale, on conçoit que les combinaisons les plus diverses aient pu se produire, dans le midi surtout où les pâturages d'été avaient une importance capitale. L'ouverture des différents modes de compascuités y était évidemment indiquée avec précision en tenant compte, de la nature du sol, de son caractère public ou privé, de la durée de chaque pâturage, ce qui permettait de mettre en relief la distinction entre ceux d'été et d'hiver, et de signaler au besoin la mise en défense de certaines parcelles du patrimoine communal. Ces différents points de repère avaient, sous ce rapport, une incontestable valeur ; ils pouvaient, en outre, être d'un grand secours pour l'interprétation des titres portant sur de pareilles concessions, qui, obscures ou insuffisantes, risquaient fort d'être renfermées dans le cercle de la vaine pâture.

39. Cette combinaison, tout à la fois dominée et contrariée par la servitude légale, ne comportait pas de larges développements ; elle ne pouvait guère procéder que par voie de mise en défense et rentrait de la sorte dans la classe des vives et grasses pâtures qui sont presque la contre-partie de la morte et sèche pâture.

[1] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, tome XIX, nouvelle série, pages 492, 549 et 626.

Digitized by Google

Celle-ci ne s'applique qu'aux débris et résidus que le propriétaire est réputé délaisser et abandonner; alors que celle-là s'exerce sur les fruits et récoltes de toute nature et pourrait, au besoin, absorber le produit intégral ou réduire à fort peu de chose la part dominicale. Cette servitude exige forcément un titre qui en détermine la nature et la portée; elle vise uniquement cette partie du sol dont les particuliers et les communautés ont la libre disposition, qu'ils peuvent, par une mise en défense, se réserver exclusivement, soit l'hiver, soit l'été, soit même en toute saison. Voilà bien une face nouvelle qui accentue mieux les deux situations et montre chacune d'elles sous son véritable jour. Ainsi les marais, paquis, friches et landes communales mises en défense, constituent une vive et grasse pâture ouverte indistinctement à tous les habitants ; alors qu'en les laissant sous l'empire des usages et des coutumes ils tombent en vaine pâture et sont fort peu utiles à leur propriétaire et parfois moins encore à certains habitants, lorsque la coutume locale excluait tous ceux qui ne possédaient aucun fragment du sol usagé. Cela suffit pour justifier ces procédés exceptionnels qui, en principe, aboutissent à la sauvegarde de tous les droits, et plus spécialement encore de ceux des prolétaires.

C'est donc la *défensabilité* qui domine tout ; en d'autres termes le droit de réserver la dépaissance et parfois même, suivant les circonstances, d'en disposer au lieu de la laisser absorber par le vain pâturage.

« Car, comme le dit très bien le président Cappeau [1], le même terrain qui, dans le langage des coutumes est pâture vaine tant qu'il est soumis à la dépaissance commune, devient pâture grasse du moment où il y est soustrait. »

A cet égard, on n'a pas à se préoccuper de l'importance ou de

[1] *Traité de législation rurale*, t. I, p. 42. Voir aussi les indications qu'il contient sur les pâtures estivales si usitées en Provence. Les vastes pâturages étant rares aujourd'hui, dans cette contrée, c'est sur les montagnes pastorales des Alpes et de leurs ramifications qu'on parque les troupeaux pendant l'été. Ils émigrent vers la fin du mois de mai, et reviennent, en général, dans le mois d'octobre, prendre leurs quartiers d'hiver dans les grandes propriétés de la Camargue, où ils trouvent des herbages moins abondants. C'est surtout la race ovine qui voyage ou *transhume* de cette façon.

Digitized by Google

l'étendue du droit; ainsi la glandée, qui opère sur les fruits du chêne et les faînes des autres essences forestières, constitue, malgré sa portée restreinte, une vive et grasse pâture.

39. Les concessions de cette nature pouvaient alors, et plus encore aujourd'hui, revêtir les formules les plus diverses; être personnelles ou réelles, collectives ou individuelles. Mais plus elles sont larges, plus elles doivent être claires; dans le doute l'interprétation s'efforcera toujours de les restreindre, en les rattachant à une formule connue, au pâturage d'hiver ou d'été; soit à tout autre type propre à empêcher l'entier dépouillement du propriétaire. Si un pareil résultat venait à se produire et qu'il se prolongeât indéfiniment, le maître du sol devrait être attentif et veiller avec soin à la conservation de ses droits; sans cela il pourrait bien après trente ans se voir éconduit par la prescription. Telle est du moins l'opinion émise, dans le répertoire de MM. Dalloz (v° *Droit rural*, n°s 50-51), sur cette question qui s'agite bien plus en théorie qu'en pratique. Ce genre de servitude rare autrefois, l'est plus encore aujourd'hui; on le conçoit d'autant mieux qu'il est très facile de changer sa physionomie en lui donnant les allures d'une location. A tout événement on consultera l'acte constitutif auquel il faut toujours se référer; nul, à moins d'une interversion précise et dûment justifiée, ne pouvant prescrire contre son titre.

40. La vaîne pâture, utile et profitable à des peuples pasteurs et à une agriculture dans l'enfance, devient une gêne aussitôt que les pratiques agricoles se modifient. Sous prétexte de tirer le meilleur parti possible des terres vaines et vagues ou dépouillées de leur récolte, on entrave la liberté du propriétaire qui ne peut plus régler à sa volonté et suivant la loi du progrès, la culture du sol qu'il est appelé à féconder. Les améliorations que l'expérience suggère sont tenues en échec par la nécessité de respecter les assolements et les jachères imposés par l'usage, et aussi de conserver en l'état les landes, marais et pâturages dont on pourrait tirer un meilleur parti. De la sorte la prospérité agricole est enrayée par les exigences d'un passé qui n'a plus aucune raison d'être.

Tous ces idées, qui s'étaient largement développées, au cours

Digitized by Google

du siècle dernier, ont servi de guide aux législateurs de 1791. Bien renseignés sur l'état de la doctrine et de la jurisprudence, ils ont fait de l'éclectisme dans le meilleur sens du mot, et pris partout indistinctement les solutions qui cadraient le mieux avec leurs aspirations politiques et philantropiques, sans trop se préoccuper si la règle qu'ils consacraient n'existait auparavant, qu'à l'état de très rare exception. En proclamant la liberté de la propriété, de la culture et de la clôture, ils ont clairement manifesté leurs sympathies pour l'industrie agricole et laissé à l'avenir le soin de faire fructifier les bons germes déposés dans la loi.

41. La vaine pâture a, aujourd'hui, comme l'antique Janus, deux faces ; l'une qui, à travers les usages, regarde le passé, et l'autre tournée vers le Code rural. Faut-il concilier et combiner ces deux éléments? les difficultés surgissent et les écueils abondent ; pour sortir de ce dédale il faut le *labor improbus* dont parle Virgile, joint à beaucoup de perspicacité et de réflexion. Si l'on néglige le passé, comme cela arrive souvent, on aboutit à des solutions qui se heurtent contre les doctrines les plus accréditées de l'ancienne jurisprudence : rapprocher, concilier et non diviser ou séparer, tel est le but qu'il faut poursuivre et atteindre.

En principe, donc, la vaine pâture continue à fonctionner comme par le passé, et sur les mêmes objets ; en ajoutant que le cercle des prohibitions se trouve sensiblement élargi. Nous avons déjà parlé (n° 33) des prairies artificielles que le législateur moderne (art. 9) met en défense perpétuelle ; il conserve de la sorte à l'agriculture et à l'élève du bétail, une ressource précieuse qui, sans cela, eût été gaspillée à peu près en pure perte. Ici, les saines notions d'agronomie l'ont emporté sur les préjugés et les résistances locales; il est, en effet, constaté et reconnu que ces plantes fourragères mangées en vert et en trop grande quantité mettent en danger la santé du bétail. Bien que cette dernière considération ne soit pas applicable aux prairies naturelles, on aurait dû les placer sur la même ligne; elles sont, en effet, la base fondamendale de l'alimentation des animaux domestiques et l'un des principaux éléments de la richesse agricole. Le législateur, qui ne se fait pas illusion sur la portée de cette mesure, semble vouloir l'atténuer en déclarant qu'elle n'est que *provi-*

Digitized by Google

soire. C'était se payer de mots, on sait ce que dure chez nous le provisoire, et celui-ci comme celui qui est associé au *parcours* ne finira, probablement, que lorsqu'on aura supprimé les derniers vestiges de ces institutions surannées.

42. L'art. 10 ajoute, en terminant, que le vain pâturage ne peut *jamais s'exercer tant que les premières herbes ne sont pas récoltées.* Cela était-il bien nécessaire? Il est permis d'en douter, d'autant que les anciens docteurs ne citent aucune coutume qui eût permis la dépaissance sur les premières herbes. D'après Proudhon (n° 3688), « elle abolirait les dispositions coutumières qui fixaient l'époque à laquelle les foins devaient être coupés et enlevés pour ouvrir les prairies au vain pâturage ». Cette explication est-elle plausible? j'ai de la peine à le croire en présence de l'art. 2 de la section consacrée aux récoltes, où le législateur de 1791 déclare que chacun sera libre « de faire sa récolte au moment qui lui conviendra ». Celui qui aurait la singulière idée de laisser indéfiniment ses produits sur pied ou sur le sol, compromettrait sa récolte, ce qui ne doit guère se supposer chez un cultivateur.

Proudhon ajoute que cette phrase abolit encore « les dispositions des coutumes qui permettaient la vaine pâture au printemps dans les prés ». Une confusion ne s'est-elle pas glissée dans l'esprit du savant professeur? La clôture des compascuités, que notre article ne touche pas, est partout gouvernée par une règle très simple; elle a lieu lorsque l'herbe repousse et que le pré reverdit, c'est-à-dire, parfois un peu avant l'équinoxe dans le Midi, et souvent plus tard dans le Nord. Cette question influencée par les zones et les climats, ne comportait pas une solution uniforme, il fallait donc s'en référer aux coutumes et usages locaux. L'art. 10 est un corollaire de cette idée, il la rappelle bien loin de l'infirmer; s'il avait voulu innover et imposer une règle invariable, il se serait exprimé d'une autre manière. Sous tous ces rapports donc, cette prescription n'a qu'une valeur problématique et sa suppression ne laisserait aucun vide dans notre loi.

Soutiendrait-on qu'elle a voulu maintenir les anciennes prohibitions qui défendaient à tout propriétaire d'introduire son bétail dans ses récoltes tant qu'elles étaient sur pied; ce serait aller,

Digitized by Google

non seulement contre le texte et l'esprit de la loi rurale, mais surtout contre les prescriptions formelles de celle du 6 messidor an III, qui, pour empêcher la déperdition des céréales, à une époque de disette, défend de les couper en vert. Si l'ancienne législation fût restée debout, on n'aurait pas eu besoin de légiférer sur ce point.

43. L'art. 24 (tit. 2) rappelle cette prohibition et l'étend à un bon nombre de cultures qu'il investit des mêmes prérogatives. « Il est défendu, y est-il dit, de mener sur le terrain d'autrui des « bestiaux d'aucune espèce, et en aucun temps dans les prairies « artificielles, dans les vignes, oseraies, dans les plants de ca- « priers, dans ceux d'oliviers, de muriers, de grenadiers, d'oran- « gers et arbres du même genre, dans les plants ou pépinières « d'arbres fruitiers et autres faits de main d'homme [1]. »

A cet égard l'ancienne jurisprudence renfermait une disposi-

[1] L'art. ajoute : « L'amende encourue pour ce délit sera une somme de la valeur du dédommagement dû au propriétaire ; l'amende *sera double* si le dommage a été fait dans un *enclos rural* et, suivant les circonstances, il pourra y avoir lieu à la détention de police municipale. » Cet alinéa fait surgir, au point de vue de la peine pécuniaire, une difficulté qu'il importe de signaler. Le premier paragraphe entièrement reproduit dans l'art. 479 n° 10 du Code pénal, est sanctionné par une amende de 11 à 15 fr. et non plus par la peine primitive, déterminée d'après l'évaluation du préjudice causé. Si le délit s'est produit dans un enclos rural, l'amende est portée au double. Or comme cette partie de l'art. n'est pas abrogée, il s'agit de savoir si l'amende à doubler sera établie en suivant la base fixée par l'art. 479, ou se règlera d'après la valeur du dommage éprouvé. Si restreint que soit l'enjeu, la question n'en est pas moins délicate. Le Code pénal substitué à l'ancienne disposition régit le délit simple et domine par voie de conséquence le surplus de l'article. C'est donc une amende de 22 à 30 fr. qu'il faut infliger au bétail en mésus dans un enclos rural. Lorsqu'un procédé est vicieux, ainsi que je le démontre en traitant de la police rurale (Cpr. *Revue pratique*, t. LXIV, p. 35 et suiv.), on doit saisir toutes les occasions pour le restreindre ou l'écarter. L'opinion contraire évalue le dommage, l'élève au double et le transforme ensuite en amende. En agissant ainsi on entraine des frais, des retards, des complications qu'il faut éviter dans des débats d'aussi mince importance. En prenant pour guide le Code pénal, nous empêchons que le fait le plus grave puisse éventuellement être moins puni. Ainsi un troupeau en mésus dans un enclos, est presque immédiatement surpris ; le dommage causé est léger et représente à peine 5 ou 6 fr., en le doublant on s'en tire pour 12 fr. ; tandis que le

Digitized by Google

tion qui était loin d'avoir la même importance; l'art. 526 de la coutume du Bourbonnais, accepté comme droit commun, s'exprimait en ces termes : « Fruitiers, jardins, vergers clos, et vignes soit closes ou non, sont défensables en toute saison de l'an, de toutes bêtes, sous peine d'amende au seigneur justicier et intérêt de partie. » Si la prohibition se fût arrêtée là, ce serait peu de chose, les vignes non closes seules étaient appelées à en bénéficier; mais l'article va beaucoup plus loin, écoutons la suite pour être édifiés : « Si plusieurs particuliers avaient vignes, jardins, vergers et fruitiers sous une même clôture, il n'est loisible à aucun d'y mettre pâturer son bétail quand même il les voudrait faire rière lui et en son propre héritage. » L'auteur de la Pratique des Terriers, qui le reproduit (t. III, p. 449), l'annote comme il suit pour en mieux préciser la portée : « Tous les héritages de quelque nature qu'ils soient, lorsqu'ils sont en culture et en fruits appartiennent à l'Etat, et sont de droit public, par conséquent le propriétaire d'un champ semé de froment ou autres fruits qui mettrait des bestiaux pour en manger l'herbe et les fruits serait puni très sévèrement par le fisc. Il en serait de même dans une vigne prête à vendanger si le maître y mettait bétail, etc. »

Ces prescriptions étaient-elles un reflet des préoccupations de l'époque, avaient-elles en vue les disettes et les famines anciennement si fréquentes? Cela peut être, mais alors il faut reconnaître que l'intérêt public s'était fait une très large part, et réduisait presque à rien le droit individuel. Les saines notions d'économie politique et d'agronomie ont dissipé ces craintes; en l'état le propriétaire est maître chez lui et peut couper sa récolte avant comme après la maturité, et les cultivateurs intelligents jettent, chaque année, en terre un certain nombre de céréales

délit simple peut encourir 15 fr. Cela devrait suffire pour ruiner un système qui consacre de pareils résultats. Dans nos idées la compétence est toujours certaine; tandis qu'elle devient ambulatoire en la subordonnant à la valeur du dommage qui même doublé peut rester inférieur à 16 fr. Si l'introduction dans l'enclos a lieu par destruction ou dégradation de clôture, l'art. 456 du Code pénal est applicable et le délit le plus grave attire l'autre, lors même que par suite des évaluations multiples on resterait dans le domaine de la simple police.

Digitized by Google

dont la destination est d'être mangées en vert par les bestiaux de l'exploitation.

44. Nous avons déjà dit que le vain pâturage ne s'ouvrait sur les terres cultivées que successivement, au fur et à mesure que la récolte était enlevée. Cette règle est-elle absolue ; de telle façon que le propriétaire lui-même y soit astreint sur son propre sol ? Dans notre ancien droit l'affirmative n'était pas douteuse ; elle découlait du respect de l'immunité concédée aux glaneurs et du principe d'égalité qui domine toutes les associations de cette nature. Il n'était donc pas admissible que dans ces associations relatives aux pâturages, les intéressés ne fussent pas tous placés sur la même ligne et que le propriétaire pût, préventivement, absorber les herbages de ses immeubles et ensuite venir en part chez les autres. Cette prétention, éclose de vieille date, fut péremptoirement repoussée par un arrêt du parlement de Dijon du 4 avril 1579, dont Merlin fait état au mot vaine pâture (p. 416). Il a trait, il est vrai, à la dépaissance dans les prairies, mais la règle est la même dans tous les cas ; et Merlin, quelques lignes plus loin, invoque également un arrêt du 30 brumaire an XIII, dans lequel la Cour suprême proclame le même principe, lequel *sort du contrat de société fondé sur un usage constant qui trouve sa consécration dans la loi rurale.* Cet arrêt se rapporte encore aux prairies qui représentent la meilleure et plus vaillante partie du vain pâturage ; mais par ses motifs il est aussi général que possible. Il ajoute que procéder autrement, *serait violer la loi d'égalité qui sert de base à toute société.*

Les contradictions qui se sont produites depuis lors n'ont pu entamer cette jurisprudence qui a été, de plus fort, confirmée par deux arrêts de la Cour de cassation des 8 janvier 1857, et 22 janvier 1859. Ils déclarent qu'en présence d'un arrêté municipal qui fixe l'ouverture des compascuités, le propriétaire ne peut anticiper, il épuiserait de la sorte les herbes destinées à tous. ...Il ne peut sortir de là que par la clôture... ou les voies légales... faute de quoi il reste soumis à la règle qui gouverne tous les usagers [1]. Il encourt donc, comme autrefois, l'amende

[1] Ces arrêts sont reproduits dans le *Correspondant des justices de paix*, année 1875, p. 399.

Digitized by Google

qui atteignait ceux, qui sans y être autorisés, conduisaient leur bétail sur les fonds d'autrui.

45. Ce qui nous étonne, c'est que Merlin, après avoir recueilli et approuvé les anciennes tradition dans son Répertoire les critique et les écarte dans ses Questions de droit sous la même rubrique (p. 725). Il soutient, en effet, que le propriétaire, sans s'inquiéter du moment précis de l'ouverture des pâturages communs, ni tenir compte des deux jours réservés aux glaneurs, est libre de mener immédiatement son troupeau sur le sol, qu'à l'instant même il vient de dépouiller de sa récolte; et il refuse de se pourvoir dans l'intérêt de la loi contre une sentence signalée à sa vigilance et qui consacrait cette solution. Au soutien de cette opinion il invoque l'avis de deux de ses collègues, le président Barris et le criminaliste Carnot, qui affirment que le propriétaire n'est pas soumis à ces entraves, que la loi rurale le déclare maître chez lui et libre de s'y mouvoir à son gré. Leur conclusion commune est donc que celui qui sur son propre sol méconnaît les injonctions de cette nature n'encourt aucune peine.

Les trois éminents magistrats que nous réfutons ont le tort grave, en proclamant un principe certain, énoncé en tête de notre section IV, de ne pas tenir compte de la restriction indiquée à la fin de son art. 1er « sauf ce qui sera réglé ci-après relativement au parcours et à la vaine pâture »; ni de ce qui est rappelé dans l'art. 3: « à la charge que la vaine pâture n'y sera exercée que conformément aux règles et usages locaux, qui ne contrarieront point les réserves portées dans les articles suivants de la présente section ». Or, d'une part, la section IV ne contient à cet égard, dans le surplus de son texte, aucune prescription contraire; et d'autre part d'après les anciens usages attestés par l'arrêt trois fois séculaire de 1579 et confirmé de plus fort par la jurisprudence moderne, le propriétaire est sur la même ligne que les autres usagers et ne peut devancer l'ouverture des compascuités sans encourir la responsabilité civile et pénale qui incombe à tous les délinquants.

Si nous consultons l'auteur de la Pratique des Terriers (t. III, p. 499 à 503), nous constatons que les bergers dont les tron-

Digitized by Google

peaux pénètrent sur un point où ils n'ont pas droit à la morte pâture, sont amendables, quelle que soit la cause permanente ou temporaire qui les en écarte. Un peu plus loin (p. 607) à propos du glanage, qui a quelque affinité avec notre sujet, De Fréminville déclare que le délai concédé pour jouir de cette immunité, doit être respecté d'une manière générale par les *seigneurs et leurs sujets*. Pendant ce temps (qui variait entre un et trois jours), on ne peut introduire aucun bétail sur le sol dont il s'agit. L'art. 22 du Code rural qui consacre cet usage veut que, « les pâtres ne puissent mener les troupeaux d'aucune espèce dans les champs moissonnés que deux jours après l'enlèvement de l'entière récolte. » Que le conducteur soit le propriétaire, ou qu'il soit simplement berger, la solution ne saurait varier. Pour s'en convaincre, il suffit de remonter à la source de cet usage, au texte biblique et à l'ordonnance de Saint-Louis, cités par le même auteur, et on verra qu'ils visent directement le propriétaire lui-même. En acceptant l'opinion de Merlin, on rendrait cette concession absolument illusoire, le maître pouvant par ses agissements réduire le glanage à rien ou à fort peu de chose.

Ainsi tombe l'argument qui consisterait à dire que le propriétaire, bien que soumis à la réglementation ordinaire, n'encourt aucune peine du moment où il ne sort pas de chez lui. Une pareille prétention, si elle s'affirmait dans la pratique, constituerait en faveur du propriétaire un privilège quasi-seigneurial, d'autant plus dangereux que conféré indistinctement à tous les possesseurs du sol, l'exception absorberait la règle; on reprendrait d'une main ce que l'on aurait donné de l'autre. La prohibition est donc absolue et les compascuités, aujourd'hui comme par le passé, s'ouvrent en même temps pour tout le monde. Si le maître est à la tête du troupeau, il est responsable d'une manière absolue ; il ne l'est que civilement si la direction est confiée à un pâtre. Sous ce dernier rapport sa situation est toujours la même, c'est par sa chose que le dégât a été causé. Mais en présence d'une infraction légère qui découle de l'exagération d'un droit et non de son absence, l'amende est unique et faible au lieu d'être fixée, comme dans les cas plus graves, à raison de tant par chaque tête de bétail mésusant.

Digitized by Google

Cette solution nous semble juridique et basée sur des arguments autrement solides que ceux mis en avant par l'opinion contraire; nous avons dû la combattre malgré la grande et légitime autorité des jurisconsultes qui la défendent.

46. De ce qui précède, il ressort que le maître du sol ne peut, à lui seul, absorber le profit des compascuités; demandons-nous si le résultat inverse pourrait se produire, et le propriétaire être réduit à rien par l'exercice du parcours et de la vaine pâture. Cette question que, plusieurs fois déjà, nous avons rencontré sur nos pas (nos 25 et 39) demande à être examinée et discutée avec détails.

Le principe fondamental définitivement consacré par l'ancienne jurisprudence est celui-ci : ces concessions, qu'elles fussent gratuites ou onéreuses, étaient présumées faites de façon à ne pas absorber tous les produits du sol; on n'admettait pas, dès lors, que le maître pût être entièrement dépouillé par les usagers. Cette solution par trop générale avait rencontré des contradicteurs en tête desquels il faut placer Dumoulin, qui proposait de distinguer entre le cas où la concession était gratuite et celui où elle découlait d'un acte à titre onéreux. Le constituant, dans cette dernière hypothèse, étant obligé de faire sortir à effet sa promesse ne pouvait rien faire pour l'antraver. *Nisi usuarius habeat causam onerosam a domino, qui ei teneretur usum bonum facere.* L'opinion de ce grand jurisconsulte fut écartée par respect d'une loi romaine[1], qui bien interprétée doit, au contraire, la faire prévaloir.

[1] V. L. 13, § 1 ff. *Communia prædiorum.* Proudhon dans son grand traité de l'usufruit (t. VII, nos 3144 et suivants) signale cette erreur qui ressort de la simple lecture du texte (V. no 3200). A un propriétaire qui lui demande un conseil le jurisconsulte répond: Si vous avez une carrière dans votre fonds, nul ne peut malgré vous, *invito te,* en extraire des pierres, soit qu'il agisse en son nom personnel, ou en vue de l'intérêt publie, *nec privato nec publico nomine,* s'il n'est pas fondé en titre, *cui id faciendi jus non est.* Cependant s'il existe dans la localité un usage permettant ces sortes d'extractions à charge de payer une redevance, chacun peut en profiter, mais on doit s'arrêter aussitôt que la carrière suffit à peine au besoin du propriétaire. *Ista tamen lapides cædere debet... ut neque usus necessarii lapidis intercludatur neque commoditas rei jure domino adimatur.* En présence d'un texte aussi formel qui sépare parfaitement les deux hypo-

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

La servitude légale, qui, sous certains rapports, constitue une concession gratuite, ne peut jamais entraîner un entier dépouillement; elle porte sur les résidus et non sur les récoltes, et en outre le maître du sol vient en part avec les usagers. Comment admettre, au surplus, qu'une loi quelconque eût l'idée de spolier le propriétaire au profit d'individus n'ayant aucun droit foncier? Cette donnée suffirait au besoin pour trancher le débat. Si, comme cela arrivait fréquemment, c'était des seigneurs que procédait la concession, qu'elle fût gratuite ou subordonnée à une redevance, la situation ne variant guère, sauf en divers cas à se montrer plus large vis-à-vis du constituant, suivant que la libéralité était plus ou moins accentuée. S'agit-il de pâtures communales qui, en aucun temps, ne sont défensables, la part dominicale est plus exposée encore à être réduite à rien. Nous avons déjà constaté (nos 27 et 28), que la pratique obviait à ces inconvénients soit par des interdictions temporaires, soit par la division en pâturage d'hiver et d'été, ou bien encore en fixant dans le règlement des pâtures un moment précis pour l'ouverture de chaque espèce d'herbage. La loi rurale en maintenant les anciens usages consacre ces traditions qui laissent, le cas échéant, une latitude suffisante pour sauvegarder tous les droits, ceux des prolétaires en particulier.

47. Plaçons-nous maintenant en face des concessions individuelles qui exigent un titre quel qu'en soit l'auteur; ici, les règles de l'interprétation se modifient profondément, c'est à l'acte constitutif qu'il faut se référer, le droit commun ne vient qu'en sous-ordre. Celui qui promet quelque chose est garant de l'exécution, c'est une dette qu'il contracte, il ne peut par son fait ni diminuer la portée de son engagement, ni retenir une fraction quelconque des objets qui y sont compris. Ce principe fondamental cadre parfaitement avec les prescriptions de la loi rurale qui

thèses, on ne conçoit pas que notre ancienne jurisprudence ait généralisé l'exception et appliqué au titre ce qui ne convient qu'à la servitude coutumière. L'avis de Dumoulin s'imposait donc d'autant que l'opinion contraire introduit arbitrairement dans le droit un mode spécial d'extinction des obligations. La force des choses entrainait en effet la suppression de la redevance, du moment où l'extinction de la servitude lui enlevait, ainsi que le reconnaissent tous les autenrs, sa cause et sa raison d'être.

Digitized by Google

respecte le titre (art. 7, 8, 11, sect. IV), tout en faisant bon marché des servitudes fondées seulement sur les coutumes et les usages locaux. Ces dernières instituées par le législateur restent à son entière disposition, alors que les autres constituées par un contrat en ont la fixité et sont à l'abri des fluctuations législatives. La loi romaine déjà citée contient une application de cette idée. Celui qui extrait des pierres, sous une redevance et à la faveur d'un usage local, doit s'arrêter aussitôt que le reliquat suffit à peine aux besoins du propriétaire. Voilà bien cette servitude coutumière qui, moins envahissante, laisse toujours quelque chose au propriétaire du sol. Mais s'il y avait *jus faciendi*, c'est-à-dire un titre, la solution serait certainement différente et le droit d'extraction irait jusqu'à épuisement de la carrière, sans se préoccuper des besoins du constituant qui ne pourrait plus jouir que du résidu s'il en reste. Les anciens docteurs ont eu tort de ne pas saisir cette distinction qui ressort assez clairement du texte, et de donner *à cette belle loi*, comme l'appelle Salvaing, une portée qui ne cadre ni avec son esprit, ni avec les termes employés par le jurisconsulte; comment, en effet, confondre un usage à portée restreinte avec le titre qui est le type de la stabilité ?

Ce débat n'est pas, aujourd'hui encore, définitivement clos, ainsi que cela ressort des documents recueillis dans les Codes annotés de Sirey sous l'art. 63 du Code forestier ; un arrêt de la cour de Besançon du 7 mars 1808 et un autre de la Cour de cassation du 1er août 1836, déclarent *que l'usager ne peut jamais avoir des droits aussi étendus que le propriétaire*. Si cette affirmation recevait toute l'extension qu'elle comporte, elle serait en contradiction manifeste avec notre législation moderne qui commande le respect et la stabilité des conventions.

Par la force des choses nous revenons toujours à notre point de départ, à cette distinction capitale qui existe entre la vaine pâture ordinaire et celle qui appuyée sur un titre participe plus ou moins de la vive et grasse pâture. L'une liée à la destinée de la coutume sur laquelle elle est fondée, et l'autre ayant la solidité de la convention qui lui sert de base. La première fort limitée dans son étendue, alors que la seconde a des horizons presque

Digitized by Google

sans bornes, lui permettant de tout envahir et de réduire à rien ou fort peu de chose le maître du sol. Celui-ci obligé de faire jouir son cessionnaire ne peut ni l'entraver, ni restreindre sa part, il ne vient qu'en sous-ordre et seulement sur le superflu. De pareille charges sont lourdes pour le propriétaire, et comme elles ont un caractère réel, elles sont perpétuelles de leur nature et bien plus propres à contrarier l'agriculture qu'à la faire progresser. Si à l'origine, le nombre de ces servitudes était restreint et portait à peu près exclusivement sur les anciennes propriétés communales et seigneuriales, il faut reconnaître que même avant la loi rurale, et surtout depuis, les ventes d'abord et les partages ensuite, ont multiplié les parcelles et préparé un émiettement qui peut-être n'est pas encore arrivé à son terme; mais qui, fort heureusement, se trouve contrebalancé par les modes extinctifs que le législateur moderne a mis à la disposition des parties intéressées.

48. Les bois et les forêts subissent, dans certaines limites, l'empire de la même règle. Les usages qui les grèvent étant multiples, variés et le plus souvent concédés à des paroisses ou communes, on conçoit que la part du maître subisse parfois de notables réductions. Ici seulement le point de départ est différent, c'est avant tout le titre qui détermine les droits d'un chacun. Lorsque parfois les servitudes de cette nature dérivent des usages et des coutumes, ce qui a lieu surtout pour les pâtures et le chauffage, il faut s'en référer au texte de la loi locale et au besoin, à la manière dont, de tout temps, elle a été mise en pratique. On procèdera de même dans tous les cas où, pour un motif quelconque, un titre dont l'existence n'est pas douteuse, ne pourrait être représenté.

Tous les bois soumis au régime forestier, quel qu'en soit d'ailleurs le propriétaire, trouvent dans la loi moderne (art. 61 et suiv. C. F.) de sérieuses garanties contre les abus des usagers. Sans nous arrêter à la délivrance aujourd'hui applicable dans tous les cas, nous insisterons seulement sur une garantie non moins précieuse découlant de ce qu'on est convenu d'appeler défensabilité et possibilité. La *défensabilité* vise les bois qu'on veut protéger contre l'introduction hative du bétail; il faut

Digitized by Google

qu'ils soient assez forts pour n'avoir pas à souffrir de la dent des troupeaux. L'administration forestière fixe, même pour les bois des particuliers, le moment précis où chaque triage devient défensable et peut, par suite, recevoir les bestiaux usagers; son pouvoir à cet égard est à peu près discrétionnaire. D'après l'art. 67, quels que soient l'âge et la nature des essences forestières, les usagers ne peuvent y exercer leurs droits tant que la défensabilité n'a pas été prononcée. Cette prescription, qui constitue une règle uniforme, doit être généralisée et substituée aux usages admis par l'ancienne jurisprudence.

Là ne se borne pas la prévoyance du législateur, il veut encore que chaque cantonnement reçoive seulement la quantité de bestiaux qu'il est en état de nourrir, c'est ce qui constitue *la possibilité*. Si les animaux sont en trop grand nombre et dépassent visiblement les forces des pâturages et paissons de toute nature, l'administration procède (art. 68) à une réduction proportionnelle ; en tenant compte des titres et de l'importance des exploitations, elle assigne à chaque usager de l'état le contingent qui peut lui être alloué. Dans aucun cas le droit de dépaissance ne doit dépasser les facultés naturelles du sol. En d'autres termes tous les usagers réunis ne peuvent introduire sur le fonds asservi une quantité de bétail supérieure à celle qu'il est en mesure de nourrir. La défensabilité détermine donc le moment précis où les paissons forestières sont ouvertes au bétail, et la possibilité le nombre des bêtes qu'on peut régulièrement y introduire.

Lorsqu'on se trouve en présence de bois appartenant à des particuliers, la possibilité suscite des controverses entre l'administration et la justice. Sans entrer, à cet égard, dans des détails qui sortent de notre cadre restreint, contentons-nous de remarquer que la défensabilité et la possibilité sont des idées corrélatives, il semble donc naturel que celui qui proclame la défensabilité doive, en même temps, indiquer la quantité de bétail que comporte le sol déclaré défensable. S'il n'existe qu'un seul usager, tout est réglé; sont-ils plus nombreux et en désaccord sur leurs droits respectifs, les tribunaux statuent et fixent le nombre des têtes de bétail que chaque intéressé peut introduire aux compascuités. Le pâturage est-il la propriété d'une commune ? C'est l'autorité

Digitized by Google

locale qui a qualité pour statuer et répartir, entre les habitants, le bénéfice des pâtures, en faisant à chacun une part en harmonie avec l'importance de son parcellaire, soit en vertu des anciens usages, soit en force des arrêtés rendus en exécution de la loi moderne. Telle est, à mon avis, la véritable signification de l'art. 119 du Code forestier qui, après avoir décidé que la défensabilité, dans les bois des particuliers, est déclarée par l'administration forestière, conclut en ces termes : « Suivant l'état et la possibilité des forêts reconnus et constatés par la même administration ». Il semble qu'après cela le doute ne soit plus possible; c'est le total général et non pas la part afférente à chaque usager qu'elle est appelée à fixer.

A la différence de l'État, des communes et des établissements publics, qui aujourd'hui ne peuvent plus constituer sur leurs bois des servitudes de cette nature (art.62 et 112, C. F.), il est, au contraire, permis aux particuliers, en respectant les prohibitions légales, de grever les leurs de tels usages qu'ils jugent convenables. La liberté, très grande en principe, devient absolue et illimitée lorsqu'il s'agit de parcelles de moins de dix hectares, puisque dans ce cas d'après l'art. 224 du Code forestier, rectifié par la loi du 18 juin 1859, il est loisible d'aller jusqu'au défrichement et à la destruction.

En résumé les servitudes forestières sont moins envahissantes et laissent, en général, au propriétaire une part notable des produits du sol.

A l'égard des pâturages, la garantie provient de la défensabilité qui, successivement, fait passer les troupeaux sur les divers cantonnements de la forêt. De son côté la délivrance élève une barrière sérieuse contre les écarts du bûcherage. La défensabilité et la délivrance protègent également les bois des particuliers ; par malheur les titres privés viennent souvent s'opposer à leur efficacité, en concédant une latitude très grande, ils arrivent à réduire sensiblement la part dominicale. Cela est plus vrai encore lorsqu'on opère sur une de ces parcelles qui, à raison de leur faible importance, laissent une liberté illimitée.

Il n'est pas rare, dans ces hypothèses, que soit le pâturage, soit les différentes prises de bois, ne parviennent à absorber

Digitized by Google

toute l'utilité du sol ; de la sorte il ne reste plus au maître qu'une propriété illusoire.

49. Si parfois, à la faveur de titres claires et précis, ce résultat venait à se produire, on se demandera, sans doute, quelles sont les prérogatives dont resterait investi ce singulier propriélaire.

Proudhon (n° 3181), signale les suivantes : les droits de *pêche* aujourd'hui réglementés par la loi du 15 avril 1829 ; et ceux de *chasse*, régis par celle du 3 mai 1841. Nous en dirons autant des immunités que l'art. 716 du Code civil fait découler de la répérition d'un trésor, et de celles que la loi du 20 avril 1810 réserve au profit du maître du sol à l'encontre du concessionnaire d'une mine. Il pourrait même être rétabli dans l'intégrité de ses droits, si l'usager s'abstenait de jouir pendant 30 ans ; ou bien encore si le fonds était tellement transformé qu'il devînt absolument impropre à l'exercice de la servitude.

Le savant professeur ajoute un peu plus loin (n° 3196), que si l'usager absorbe tous les fruits et produits de l'immeuble, il sera, en conformité de l'art. 635 du Code civil, considéré comme usufruitier et soumis à toutes les charges qui lui incombent à ce titre. Sans entrer, à cet égard, dans des détails qui trouveront place ailleurs, contentons-nous de dire que cette solution n'a pas de prise sur la loi rurale, les servitudes légales et coutumières n'admettant pas une extension aussi démesurée. Pour arriver au même résultat, il faudrait une stipulation très catégorique pourtant sur la vive et grasse pâture, qui est en quelque sorte la contrepartie de la servitude ordinaire, mais qui trouvent l'une comme l'autre leur consécration dans la loi moderne.

50. L'idée la plus féconde émise par la loi rurale, est très certainement celle qui proclame la liberté de culture ; elle consacre de la sorte les errements suivis dans les pays de droit écrit, pour lesquels la vaine pâture ne constituait qu'une simple tolérance et n'enchaînait, en aucune façon, la liberté du propriétaire. Il pouvait varier la culture à son gré, modifier ses assolements, restreindre indéfiniment les jachères ; nul n'avait le droit de critiquer ses agissements, ou de prétendre que par ses clôtures et ses procédés culturaux, il réduisait sensiblement le cercle de la

Digitized by Google

vaine pâture. La seule sanction qu'il pût encourir c'est qu'alors, comme aujourd'hui, son droit aux compascuités se trouvait réduit en proportion des terrains qu'il leur avait soustrait[1].

Dans les pays de coutume alors que le vain pâturage existait à l'état de servitude légale, il était difficile de tenter une simple amélioration sans se heurter à des obstacles sans cesse renaissants. S'écarter de l'assolement triennal qui livre aux jachères et aux pâtures communes un tiers des terres labourables, c'est s'exposer à des procès sans fin; défricher des bois, des landes, ou des bruyères, pour les convertir en prairies ou terres arables, c'est commettre un acte tout aussi répréhensible. On ne pouvait non plus partager ou aliéner les biens communaux pour ne pas amoindrir le sol affecté aux compascuités. Toujours et partout le progrès agricole était sacrifié aux exigences d'une routine surannée. Et cependant il faut reconnaître que les fonds dont la culture était seulement transformée n'échappaient pas à la dépaissance qui les reprenait sous leur forme nouvelle; mais comme elle était moins avantageuse, on avait recours, pour maintenir le *statu quo*, à d'interminables procès, dont Merlin nous a conservé quelques échantillons dans son Répertoire au mot vaine pâture.

Tous ces obstacles disparaissent devant la loi rurale; et la liberté pénètre partout. On peut, sur la même parcelle, faire plusieurs récoltes; le blé enlevé, y semer des haricots, des pommes de terre, ou du blé noir, comme dans le midi; ou bien jeter dans les céréales des sainfoins qui se développeront après la moisson. Dans tous ces cas la présence d'une récolte met obstacle à la dépaissance; il faut que le dépouillement du sol soit complet pour que la vaine pâture reprenne son cours. Le mode de culture retarde, suspend même plus ou moins longtemps les compascuités sans jamais les supprimer complétement. L'alternance des assolements propagés par l'agronomie moderne ramène, à des intervalles plus ou moins rapprochés, les mêmes produits, et par suite aussi l'usage de la morte pâture. Son action n'est pas sans analogie avec celle de la clôture, chaque procédé suspend, pen-

[1] C'est ce que dit l'art. 648 du Code civil, confirmant de plus fort les prescriptions de la loi rurale (tit. 1, sect. IV, art. 13 et 16).

Digitized by Google

dant sa durée, l'exercice du vain pâturage ; si la clôture est plus énergique et oppose un obstacle plus durable, il est certain que dans les deux cas le droit ne fait que sommeiller et qu'il se réveille avec une nouvelle énergie, du moment où les barrières se sont abaissées.

51. Le caractère réel imprimé à ces servitudes a, de tout temps, exercé une incontestable influence sur les moyens d'exécution. Établis sur des fonds pour l'utilité et l'exploitation d'autres fonds il fallait, en thèse générale, pour en bénéficier, non seulement résider dans la commune, mais encore y posséder des immeuble au service desquels étaient affectés les animaux vivant sur les compascuités. Si l'une de ces conditions fait défaut, le droit s'évanouit et le propriétaire, qui ne résidait pas dans la paroisse, ne pouvait pas même conduire son bétail en vaine pâture sur ses propres héritages. Cette solution, qui concordait avec l'origine de ces servitudes et leur but avoué d'immobiliser sur le domaine seigneurial de nombreux colons, méconnaissait les droits du maître du sol; aussi fut-elle critiquée de bonne heure et spécialement attaquée en Normandie, où les herbages avaient une grande importance. Après quelques hésitations, portant plutôt sur la forme que sur le fond, le parlement de Rouen, par arrêt du 2 avrit 1745, consacrant définitivement les idées qui avaient cours dans les pays de droit écrit, décida que les forains devraient envoyer aux pâturages communs, un nombre de têtes de bétail proportionné à l'étendue de leurs possessions, et qui fut d'ores et déjà fixé à trois bêtes par acre (environs 55 ares). D'autres parlements, Paris et Douai en particulier, permettaient aux propriétaires de faire parquer leurs troupeaux sur le sol qui leur appartenait. Ils autorisaient même, ainsi que l'atteste Merlin, la location des pâturages, pourvu qu'il y eût, de ce chef, titre ou possession suffisante. La loi rurale (art. 15), plus rigoureuse, n'admet pas que le vain pâturage puisse être séparé du fonds dominant, pas plus le propriétaire que le fermier ne peuvent *céder ce droit* à autrui.

Dans le midi de la France, où les compascuités n'existaient qu'à l'état de tolérance, ces mêmes données se présentaient sous la forme la plus simple et la plus naturelle. Etaient admis dans

Digitized by Google

cette association ceux-là seulement qui, possesseurs à un titre quelconque d'immeubles ruraux, les livraient aux pâturages communs. Ceux qui n'avaient rien ou presque rien, en étaient exclus, comme nous l'affirme le président Cappeau qui, imbu des doctrines développées par les jurisconsultes provençaux tels que, La Touloubre Julien, et Antiboul, ne conçoit pas que le législateur moderne ait eu la pensée de modifier cet état de chose, en faisant une part modeste aux deshérités de la fortune [1].

Heureusement que, sous ce rapport encore, la loi de 1791 n'a pas innové, elle s'est contentée de consacrer les usages adoptés par un certain nombre de coutumes. Ainsi, en Auvergne et en Bourgogne il suffisait d'être habitant pour avoir droit aux compascuités. Le parlement de Paris s'était, fort anciennement, rallié à cette manière de voir en maintenant, par arrêt du 13 août 1661, les habitants de Cormeilles-en-Parisis en possession de cette prérogative. Henrion de Pansey [2] lui donne son assentiment, et la loi rurale l'a confirmé dans les termes suivants :

Art. 14 (tit. I, sect. IV). « Néanmoins tout chef de famille domicilié, qui ne sera ni propriétaire, ni fermier d'aucun des terrains sujets au parcours ou à la vaine pâture, et le propriétaire ou le fermier à qui la modicité de son exploitation n'assurerait pas l'avantage qui va être déterminé, pourront mettre sur les dits terrains, soit par troupeau séparé, soit par troupeau commun, jusqu'au nombre de six bêtes à laine et d'une vache avec son veau ; sans préjudice aux droits des dites personnes sur

[1] V. son Traité de Législation rurale et forestière, tome Ier, p. 68 .. A côté de cette critique se place une affirmation qui serait fautive si elle devait être généralisée. On dit en effet : « que chaque habitant ne pouvait envoyer dans les pâturages communs, qu'ils soient tels *par la propriété de la commune*, ou par ses droits d'usage, qu'un nombre *de bestiaux proportionné à ses possessions*. M. Cappeau oublie la distinction claire et précise qu'il a précédemment formulée (p. 49) entre la vaine pâture qui requiert la qualité de propriétaire et d'habitant, et la dépaissance sur les biens communaux qui n'exige que l'incolat à raison du droit de copropriété qui compète à tous les membres de l'association municipale. Sans doute qu'il y aurait encore lieu de rechercher si les herbages en question sont réservés à la commune ou livrés au parcours et à la vaine pâture.

[2] V. son Traité de la police rurale et forestière, p. 370.

Digitized by Google

les terres communales, s'il y en a dans la paroisse, et sans entendre rien innover aux lois, coutumes ou usages locaux qui, de temps immémorial leur accordaient un plus grand avantage. »

Cette idée fort équitable, est en pratique, à peu près stérile. Dans la campagne tous les cultivateurs ayant quelques ressources, sont propriétaires, fermiers ou métayers et jouissent, à ce titre, du vain pâturage. Les simples ouvriers et tous ceux qui vivent au jour le jour sont peu en état de bénéficier de cette prérogative, ils n'ont pas les fonds nécessaires pour effectuer de pareilles acquisitions. Parfois une chèvre, et bien rarement une vache menée par une personne hors travail, tel est probablement le maximum de licence qu'entraînera cette mesure. Elle ne peut, dès lors, effrayer ceux qui ont cru devoir blâmer une prescription législative assez anodine, et qui, d'après le texte lui-même, était susceptible, sous l'ancien régime, de recevoir une plus grande extension.

52. Les bases de cette répartition sont posées en ces termes dans l'art. 13 : « La quantité de bétail proportionnellement à l'étendue du terrain sera fixée, dans chaque paroisse, à tant de bêtes par arpent, d'après les règlements et usages locaux ; et à défaut de documents positifs à cet égard, il sera pourvu par le Conseil général de la commune. »

On le voit, c'est l'étendue des possessions qui sert de mesure aux droits individuels, et c'est en principe d'après les anciens usages que cette répartition s'effectue ; s'il n'y en a pas, ou s'ils sont obscurs et insuffisants, il y est pourvu par une délibération du conseil municipal, dont les pouvoirs, sous ce rapport, sont confirmés par l'art. 68 de la nouvelle loi municipale du 5 avril 1884. Pour procéder avec discernement et maturité, il faut tout d'abord être fixé sur la possibilité, c'est-à-dire sur les forces naturelles du pâturage, connaître le chiffre exact des bestiaux appelés à en jouir, et ne pas perdre de vue la part que le législateur moderne a cru devoir impartir aux prolétaires. En combinant ces divers facteurs, on arrive à déterminer le *quantum* du bétail à introduire et la part proportionnelle que chaque usager peut verser aux compascuités. L'opération peut être compliquée,

Digitized by Google

mais la base une fois établie, ce n'est plus qu'une affaire de calcul.

Anciennement les choses ne marchaient pas avec la même simplicité ; la répartition *pro modo jugerum et possessionum* généralement adoptée dans les pays de droit écrit, soulevait dans le nord de sérieuses difficultés à raison des prétentions émises par les seigneurs qui, à une part virile très importante, voulaient joindre les portions affectées à tous les non-usants ; on échappait à ces exigences en se contentant d'admettre au vain pâturage le bétail que chaque propriétaire ou fermier était en mesure d'hiverner avec le produit de ses seules récoltes [1], en écartant rigoureusement tout ce qui pouvait alimenter un commerce, ou être temporairement gardé et nourri au profit d'un tiers qui restait propriétaire. Si ces obstacles n'arrêtaient pas ou si des conditions plus favorables permettaient de passer outre, il fallait, après avoir fixé le total général, indiquer la quote-part de chacun, les espèces admises et parfois les cantonnements qui leur étaient spécialement affectés. D'après des usages anciens, consignés dans des délibérations municipales, des ordonnances locales et parfois générales, ou fondés sur des arrêts de règlement des cours souveraines, on accordait une bête et son suivant par chaque arpent de terre [2]. Dans d'autres provinces et notamment en Normandie, l'acre était accepté comme terme de comparaison à raison de trois

[1] V. Merlin, *Répertoire*, v° *Vaine pâture*, p. 411. Cappeau, t. I, p. 74. La Poix, t. III, p. 502.

[2] V. Cappeau, *Droit rural* (t. I, p. 67) qui cite plusieurs arrêts du parlement de Paris des XVIe et XVIIe siècles. L'arpent parisien valait cent perches de 18 pieds carrés ; soit 18 × 18 = 324 × 100 = 32.400. L'arpent forestier imposé par l'ordonnance de 1669, vaut aussi 100 perches, mais comme celle-ci représentait 22 pieds carrés, sa valeur bien supérieure à 50 ares se rapprochait sensiblement de celle de l'acre. Toute cette réglementation étant fondée sur des décisions antérieures à 1669, c'est l'arpent parisien qui devait jouer le rôle principal. L'arpent forestier, que cette ordonnance rendait obligatoire dans les bois, tendit visiblement à empiéter sur le parisien sans qu'il soit parvenu à la supplanter. Dans d'autres localités c'est le *journal* qui avait cours avec un écart considérable du plus au moins ; sur certains points il était inférieur à 7 ares alors qu'ailleurs il dépassait même 25. Dans une notable partie du midi, c'était l'éminée et la salmée qui servaient de mesure ; bien qu'ici l'écart soit moindre, il est

Digitized by Google

têtes par chaque mesure. Cet écart n'est pas excessif si l'on remarque d'une part que l'acre dont la valeur moyenne est supérieure à 50 ares vaut un tiers de plus que l'arpent parisien ; et d'autre part que dans ces pays de gras pâturages il était naturel qu'on se montrât un peu plus libéral.

Aujourd'hui c'est par are et par hectare qu'il faut compter. Les anciennes mesures bannies en la forme seront respectées le plus possible à l'aide d'une conversion soit égale, soit très approximative. Telle est la conséquence qui découle de l'art. 13 ; son langage est trop précis pour soulever l'ombre d'un doute. Les anciens usages sont si bien maintenus, que c'est *à défaut de documents positifs* seulement que les conseils municipaux sont autorisés à intervenir. Les arrêtés de cette nature soulevant, parfois, des questions fort délicates, nous devons signaler et rapidement apprécier, celles que la pratique a fait surgir dans ces derniers temps.

53. En traitant du pouvoir réglementaire, à propos de la police rurale [1], j'ai indiqué l'origine et le fondement juridique de ce droit et aussi la sanction pénale (de 1 à 5 francs), édictée par l'art. 471, du Code pénal. Cette prérogative, qui constitue une émanation du pouvoir législatif, ne peut être exercée que par ceux auxquels elle est dévolue d'une manière spéciale. Relativement au parcours et à la vaine pâture la délégation existe au profit du conseil municipal aux termes de l'art. 13, que nous venons de transcrire ; et ce en vue seulement de combler des lacunes des anciens usages, que le législateur veut maintenir et respecter. L'art. 19 de la loi municipale du 18 juillet 1837, se contente de rappeler cette immunité en ces termes : « Le conseil municipal délibère sur les objets suivants, 8° le parcours et

encore très sensible. L'éminée de Sarrians (Vaucluse) ne vaut que 581 mètres, alors que celle de Montségur (Drôme) arrive à 1250. La salmée qui vaut toujours 8 éminées ne dépasse guère 46 ares au premier cas, alors que dans l'autre elle équivaut à un hectare. En prenant toutefois comme moyenne l'*eyminée* d'Avignon fixée à 854 mètres, on verra que la salmée se rapproche quelque peu de l'acre et surtout de l'arpent forestier, que l'ordonnance de 1669 avait voulu généraliser.

[1] Cette partie de mon travail a déjà paru dans la *Revue pratique*, t. IV, p. 54; LXIV, p. 35, etc.

Digitized by Google

la vaine pâture. » L'art. 68, déjà cité, de la nouvelle loi du 5 avril 1884, suit les mêmes errements; et bien qu'il ne parle n° 6, que de la vaine pâture, il comprend implicitement, vu la similitude des deux droits, le parcours condamné d'aillenrs à une fin prochaine, par un projet de loi qui, depuis quelque temps, voyage d'une Chambre à l'autre [1]. Ces deux lois s'étant contentées de recueillir ce legs du passé, sans autre explication, l'ont accepté dans les termes où il était formulé par le Code rural; c'est donc à son texte qu'il faut recourir et se conformer. Or, d'après l'art. 13, il y a lieu de placer en première ligne les usages locaux consacrés par le temps; ce n'est qu'à défaut de *documents positifs à cet égard*, que le conseil municipal est autorisé à intervenir. Il doit, surtout, porter son intention sur les lacunes et les imperfections mises en relief par la pratique de chaque jour, il peut aussi recueillir et coordonner les anciennes prescriptions pour les mettre en harmonie avec les textes modernes. Un travail de cette nature bien conçu serait, pour tout le monde, d'une incontestable utilité. Celui qui saisirait cette occasion pour tout bouleverser et faire un arrêté sur des bases absolument nouvelles, commettrait un acte illégal et arbitraire. Les anciens usages violés ou méconnus s'élèveraient contre de pareils envahissements; maintenus par le législateur de 1791, ils ont acquis force de loi et sont à l'abri des influences et des convoitises locales. C'est seulement sur la partie contingente et variable que s'exerce la délégation.

Cette attribution est dévolue à l'entier corps municipal qui, de vieille date, l'utilise sous des appellations diverses telles que, délibérations des communautés, du conseil général de la commune, et que l'on range aujourd'hui dans la classe des arrêtés municipaux bien que l'identité ne soit pas absolue. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que dans l'espèce le maire n'a pas qualité pour agir directement et de sa propre autorité; s'il s'oubliait à ce point, il commettrait un excès de pouvoir infirmant l'acte auquel il procède indûment. A tout événement, il a toujours le

1 Cette loi récemment promulguée introduit certaines innovations qu'il importe de signaler; nous les résumons à la fin du présent paragraphe sous le n° 60 *bis*.

Digitized by Google

droit de concourir à la confection de ce règlement, soit en prenant l'initiative de la proposition ; soit encore en la critiquant et en la discutant comme membre et président du conseil municipal ; c'est alors, surtout, qu'il peut insister pour faire prévaloir ses appréciations personnelles. La délibération prise, le maire est tenu de remplir les formalités légales pour en assurer l'exécution ; il doit en poursuivre l'homologation et fournir au préfet tous les documents propres à éclairer sa religion et à lui permettre de donner son approbation en parfaite connaissance de cause. Tel est le cercle dans lequel doit se renfermer le maire qui représente le pouvoir exécutif de la commune.

54. Entrons dans quelques détails afin de mieux préciser la portée des observations qui précèdent. Le principe qui domine toute cette réglementation est déposé dans l'art. 13 ; il faut en vaine pâture attribuer à chacun une part proportionnelle à l'étendue de ses possessions non closes, un arrêté qui méconnaît ce principe pèche par la base et n'est pas viable.

La nouvelle formule modifie profondément le mode de répartition jusque-là usité dans une grande partie de la France ; ce n'est plus le bétail que l'on hiverne, mais l'allivrement cadastral d'un chacun qui sert de terme de comparaison. Cette différence, au surplus, est peut-être plus apparente que réelle, il est évident que dans les conditions normales, le propriétaire ne conserve, en hiver, que les bestiaux qu'il peut entretenir avec ses ressources ordinaires. On conçoit dès lors que, même après la promulgation de la loi rurale, nombre de communes aient respecté leurs anciens usages ; et comme par le passé admis aux pâturages communs le bétail possédé par les propriétaires colons ou fermiers. Telle est la solution consacrée par un arrêt de la Cour suprême du 21 fevrier 1863[1]. Un autre de la même Cour du 24 janvier 1846 (*Correspondant*, année 1867, p. 408), semble accorder à ce principe une extension démesurée en laisant à chacun dans cette hypothèse une liberté illimitée. Donner à cet arrêt une por-

[1] Rapporté au *Correspondant des justices de paix*, année 1863, p. 222. Ce recueil qui a plus de 40 ans d'existence contient, sur notre sujet, de nombreux et utiles documents qui ont facilité quelque peu ce travail si ardu. V. aussi la Table générale v° Parcours.

Digitized by Google

tée aussi exorbitante, c'est se heurter contre d'anciens usages incontestés, et partant toujours debout, qui limitaient le droit individuel à la quantité de bétail que chacun pouvait nourrir pendant l'hiver avec ses propres ressources[1]. Cela infirme à plus forte raison une autre assertion contenue dans le même recueil (année 1870, p. 75), aux termes de laquelle : *lorsqu'il n'y a pas d'arrêté fixant la quantité relative de bétail, le droit est égal pour tous les usagers*. Cette prétention est insoutenable, elle méconnaît et l'art. 13, qui maintient les anciens usages, et l'art. 14, qui fixe la part qui doit, dans tous les cas, être réservée aux prolétaires. Il est au surplus facile d'apaiser ces controverses, il suffira de prendre un arrêté établi sur les bases consacrées par nos lois modernes.

55. Le Midi, qui était de vieille date soumis à l'empire de cette règle, n'a eu qu'à substituer à ses anciennes mesures le système métrique, et à subir le droit des indigents dont auparavant on n'avait pas à se préoccuper. Citons un exemple qui nous donnera une idée du mécanisme de cette opération.

Une commune possède 1,000 hectares qui constituent le fonds affecté à la vaine pâture, et 10,000 bestiaux appelés à en profiter. Si tous sont indistinctement admis aux compascuités, la part contributive par hectare s'élève à 10, c'est-à-dire à un taux double, et même triple, de celui précédemment accepté. Ce fardeau, s'il paraît trop lourd, pourra être allégé, et le chiffre réduit à 7 ou 8 têtes par hectare; mais il semble difficile de descendre plus bas à raison, soit du grand morcellement du sol, soit de l'immunité concédée aux prolétaires qui est à peu près de la même valeur. Cette allocation, ainsi que cela ressort de l'article 14, constitue évidemment le minimum du droit afférent à chaque usager; dès lors, tous ceux qui ne possèdent rien ou au plus un hectare, sont lotis de la même façon; à chaque fraction de 12 à 15 ares, on accordera un animal en plus.

[1] Cette prescription était si rigoureuse que la coutume de Péronne (tit. 1, art. 10) condamne à une amende de 60 sols parisis : « Celui qui tient à sa maison plus haut d'une nuit bêtes étrangères et qui ne lui appartiennent, et les met paître au pâturage public sans congé du seigneur ou de ses officiers. »

Digitized by Google

On le voit, il faut tenir grandement compte de ce facteur nouveau qui peut, à la rigueur, diminuer sérieusement le contingent des plus forts imposés. Avant d'aller plus loin, on doit être fixé au moins approximativement sur le nombre de ceux qui prennent sans rien donner, afin d'opérer une réduction proportionnelle sur les parcelles les plus importantes. Pour faciliter l'exécution de cette mesure, un arrêté peut bien inviter les bénéficiaires à faire connaître leur intention; mais comme la prérogative découle directement de la loi, et que nul n'a le droit de la supprimer ou de l'amoindrir, il ne saurait y avoir place à une injonction avec sanction pénale. Les intéressés peuvent toujours, même après l'ouverture du vain pâturage, se pourvoir des six bêtes à laine et de la vache qu'ils sont autorisés à verser aux pâtures communes; vouloir, à ce moment, les priver de ce que le législateur leur octroie, constituerait un acte arbitraire et illégal. Mieux vaut, en prévision de cette éventualité, se ménager une certaine latitude.

56. Le droit ayant pour mesure l'importance respective des possessions d'un chacun, ce principe doit dominer tous les règlements élaborés sur cette matière; celui qui s'en écarte sensiblement perd sen principal élément de vitalité. Un arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 1864 (*Correspondant*, 1866, p. 165) déclare qu'il faut respecter les droits des pauvres, *et ne pas accorder plus à celui qui possède moins*. Cette dernière formule est vague; un peu plus de précision n'eût pas été inutile : il faut, en effet, respecter la différence découlant du quantum des hectares; ce serait évidemment violer la loi que de donner à peu près autant à 10 qu'à 50. Or, d'après nos calculs précédents, 10 hectares comportent un contingent de 80 têtes de bétail, alors que 50 en représentent 400. Une différence de 15 à 20 unités qui, ostensiblement, paraît cadrer avec notre arrêt, méconnaîtrait très certainement le texte de la loi. La base pour tous est l'hectare; qu'on se montre facile à raison des fractions, je le conçois; c'est un moyen de se prémunir contre l'imprévu, et d'assurer la part réservée aux pauvres; aller plus loin, ce serait tomber dans l'arbitraire et ne tenir aucun compte des prescriptions législatives.

Digitized by Google

Les usagers ne sont pas desarmés contre les abus de cette nature. On peut se pouvoir au début, devant le préfet qui dûment renseigné n'hésitera pas, sans doute, à relever ces écarts et à requérir en conséquence la rectification de l'arrêté ; s'il se heurte contre un refus, il lui est loisible d'arrêter le règlement à son passage en refusant son approbation qui constitue son *exeat*, c'est-à-dire son acte de naissance à la vie civile et administrative. Là se borne la prérogative préfectorale, il ne peut ni imposer son opinion ni rectifier *de plano* la délibération. D'après l'art. 69 de la nouvelle loi municipale il a un mois pour faire connaître sa décision ; ce délai écoulé, le conseil municipal peut se pourvoir devant le ministre de l'intérieur.

Il ne faudrait pas croire que l'approbation donnée, avec ou sans opposition, constituât une forclusion définitive. L'usager dont on a méconnu le droit, s'il persiste à jouir comme par le passé, sera l'objet d'une poursuite au cours de laquelle il demandera la nullité de la délibération prise au mépris de la loi. Si le fait est établi, son acquittement s'en suivra, sans quoi l'art. 13, qui ne peut avoir d'autre sanction, resterait à l'état de lettre morte. C'est ce qui ressort de cet arrêt de 1864 et d'un autre du 17 août 1883 que nous allons retrouver dans un instant. Ils sont d'ailleurs le corollaire naturel de cette donnée élémentaire que les arrêtés administratifs sont toujours rendus sous réserve des droits des tiers. Par contre il ne faut pas perdre de vue que s'ils ne sont pas suffisamment clairs et que leur interprétation soulève de sérieuses controverses, c'est à l'autorité administrative qu'il faut recourir pour les apaiser. Les tribunaux ordinaires devant lesquels des incidents de cette nature se produisent, doivent surseoir et attendre la décision de l'autorité compétente, ainsi le veut le principe tutélaire de la séparation des pouvoirs.

57. Les arrêtés dont s'agit, s'expliquent, en général, avec précision sur les espèces d'animaux admis à la dépaissance commune ; la latitude, qui toujours a été grande sous ce rapport, l'est plus encore aujourd'hui que la loi rurale a écarté les anciennes proscriptions, et par suite élargi le cercle des admissions. On peut donc, en tenant compte des anciens usages et aussi de la nature des compascuités, accepter les uns, exclure les autres,

Digitized by Google

camper ceux-ci sur un point et ceux-là sur d'autres [1], aux antiques exclusions substituer des restrictions qui rarement atteignent les moutons et les brebis, mais qui frappent presque toujours les races porcine et caprine. Les chèvres sont souvent l'objet de prescriptions sévères que la jurisprudence applique avec rigueur. Ainsi lorsqu'un autre arrêté pour éviter leur abandon *enjoint de les garder*, on décide que les *attacher au piquet* constitue une infraction au règlement [2]. Cette solution semble bien sévère ; à mon avis, on aurait dû distinguer entre le cas où solidement attachées elles restent en place et celui où elles prennent la fuite et se livrent à leur humeur vagabonde. Il ne faut pas imposer aux gens de la campagne un labeur inutile, au moment où le prix de la main d'œuvre acquiert des proportions démesurées. Ce que l'on veut à bon droit empêcher, c'est l'abandon et la divagation d'un animal dont la dent est meurtrière ; dès que le but est atteint, on doit être satisfait. Pourquoi d'ailleurs se montrer plus exigeant que le texte, s'il n'ordonne pas expressément la garde par une personne, ou ne proscrit pas l'attache au piquet? En matière pénale l'interprétation restrictive constitue une règle élémentaire qui doit toujours prévaloir.

Ces arrêtés régulièrement promulgués participent de la nature de la loi et subsistent tant qu'ils ne sont pas rapportés. Mais rien n'empêche, en se conformant bien entendu aux prescriptions légales, de les rectifier ou de les compléter périodiquement, afin de combler leurs lacunes et leurs imperfections. Souvent cela se fait à l'improviste au cours de maladies ou épzooties qui envahissent le bétail et exigent des mesures promptes et énergiques pour arrêter la contagion. Seulement, comme dans ces cas il y a urgence et qu'il faut procéder sans retard, le maire reprend l'intégrité du pouvoir administratif et n'a plus à compter avec son conseil municipal. La loi rurale (art. 19, sect. IV) déjà fort claire à cet égard, est confirmée par le Code pénal (art. 459 à 461), et enfin par la loi sur la police sanitaire des animaux du 21 juillet

[1] V. arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1885. *Correspondant*, 1886, p. 42.

[2] V. arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 1868. *Correspondant*, année 1868, p. 343 et table générale, v° Parcours, n° 39.

Digitized by Google

1881, qui prendra place dans le nouveau Code rural s'il parvient à franchir la période d'incubation.

58. La clôture et plus encore l'ouverture des compascuités étaient l'objet d'injonctions diverses destinées à régler, pour chaque genre de culture, le moment précis où les bestiaux pouvaient y être librement admis. L'opération est d'autant plus délicate qu'il faut tenir compte du climat et de la nature des produits. L'ouverture, ainsi que je l'ai déjà dit (nº 38), se fait donc successivement, au fur et à mesure que le sol est dépouillé de la récolte. Cette règle est absolue et oblige tout le monde sans excepter le propriétaire lui-même. Mais sous prétexte de réglementation il ne faudrait pas non plus, comme le déclare la Cour suprême, « prendre des mesures qui auraient, directement ou indirectement pour résultat, de supprimer la servitude elle-même, ou de la restreindre au-delà des prévisions du législateur ». Cet arrêt du 17 août 1883 (*Correspondant*, 1884, p. 414), s'applique aux prairies naturelles à propos desquelles un arrêté ordonnait que l'introduction du bétail ne pourrait avoir lieu *qu'après que la dernière récolte aura été faite*. Il fut invalidé parce que sans constater les anciens usages ni en tenir compte, il portait atteinte à l'exercice d'un droit légitime. A quelque moment que la vaine pâture des prairies doive être ouverte, en force des anciennes traditions, que ce soit après la première, la seconde ou la troisième coupe, ces usages si gênants qu'ils soient, s'imposent et ne peuvent être modifiés par un arrêté municipal. On n'a pas fait un meilleur accueil à la prétention, émise ailleurs, de suspendre l'exercice de cette servitude, *jusqu'à nouvel ordre, ou à la nomination du garde communal* [1]. Si même une prohibitition de cette nature émanait du maire seul, elle serait entachée d'une nullité radicale; ce fonctionnaire, comme le dit l'arrêt déjà cité du 17 août 1883, n'ayant nullement droit de formuler de pareils actes, mais seulement de les promulguer et de les rendre exécutoires.

Citons enfin un arrêt de la même Cour du 17 décembre 1864 (*Correspondant*, p. 128) qui vise une espèce assez singulière : il

[1] Cela résulte de plusieurs arrêts de la Cour de cassation résumés à la table générale du *Correspondant* au mot *parcours*, et rapportés dans le recueil aux années 1854, 1869 et 1875.

Digitized by Google

s'agit d'une délibération municipale qui ordonne « d'envoyer au troupeau commun sur la montagne, un certain nombre de moutons et de les y laisser jour et nuit pour fumer et engraisser le terrain du parcours ». Un usager, qui n'avait pas obtempéré, fut poursuivi et condamné en simple police; mais la Cour suprême cassa, nul ne pouvant être empêché de parquer son troupeau sur ses propriétés alors surtout qu'elles sont closes. L'arrêt statue de la sorte *sans qu'il soit nécessaire d'examiner la légalité de cette injonction.* Elle se heurte, au besoin, contre l'art. 12 qui permet à chacun d'avoir un troupeau séparé ; mais il faut aller plus loin et déclarer qu'elle est absolument illégale étant en contradiction avec d'anciens usages non contredits par la loi moderne. L'article 169 de la coutume de Troyes, après avoir déclaré, que les bêtes du parcours ne pouvaient sous peine de 60 sols tournois d'amende dépasser le clocher ou le milieu de la paroisse ajoute : « néanmoins les bêtes blanches (race ovine), peuvent être me-« nées si loin qu'on veut, pourvu qu'elles retournent ou puis-« sent retourner *au giste de jour en leur finage.* » (La Poix, t. III, p. 500). Si l'arrêté que nous critiquons pouvait primer des précédents aussi certains que bien établis, il aboutirait à un résultat singulier et que son auteur était loin de soupçonner; il entraîne, en effet, comme conséquence le fonctionnement d'une servitude de cabane pour remiser le bétail sur le point où on veut le parquer.

Les fortes têtes municipales qui s'ingénient à trouver des combinaisons plus ou moins excentriques devraient, avant de légiférer, s'enquérir exactement des anciennes traditions pour éviter toutes ces fausses manœuvres qui ont le grave inconvénient de molester les usagers. Ces charges sont assez lourdes pour qu'on s'efforce d'en alléger le poids, au lieu de l'aggraver par des mesures vexatoires et sans utilité réelle.

58. Le parcours, nous l'avons déjà dit, est soumis aux règles qui gouvernent la vaine pâture. Cette dualité, on le conçoit, est de nature à faire surgir des embarras et des complications. Les bases une fois établies ne peuvent être modifiées que d'un commun accord ; le refus de l'un paralyse la volonté de l'autre, en force de ce vieil axiome *in pari causa melior est causa prohi-*

Digitized by Google

bentis. Il faut donc que les deux municipalités usagères se concertent et s'entendent, afin d'indiquer avec précision la nature et l'étendue des réformes à opérer. Ces règlements ainsi délibérés sont, comme les autres, sujets à l'homologation administrative, ce n'est qu'après cela qu'ils sont promulgués de manière à être simultanément exécutés dans les deux circonscriptions. Il va sans dire qu'il n'est ici question que des remaniements portant sur l'exercice normal de la servitude : si le bétail est atteint ou menacé de contagion, ce danger, qu'il faut immédiatement conjurer, autorise des mesures administratives qui vont jusqu'à l'internement des bestiaux de toute nature, et la suppression momentanée de la dépaissance commune.

Les pâturages communaux ne sont pas traités autrement lorsqu'ils sont ouverts au parcours ou à la vaine pâture ; s'ils en sont affranchis, ce qui est plus fréquent aujourd'hui qu'autrefois, ils continuent à rester sous l'égide du conseil municipal, auquel se trouve dévolu le droit de *régler le mode de jouissance des pâturages et fruits communs* [1]. Ces deux situations qui semblent se toucher de si près sont loin d'être identiques. La vaine pâture dominée par les anciennes traditions est renfermée dans un cercle assez étroit, dont il n'est pas permis de la faire sortir ; ici au contraire le conseil municipal a ses coudées franches, aucune des entraves dont nous venons de parler ne l'arrête, il pourrait toutes se les approprier s'il le jugeait convenable, introduire dans sa réglementation des restrictions portant sur le temps, le lieu, les heures de jour ou de nuit, commencer plutôt, finir plus tard. Modifier le mode de jouissance, imposer aux usagers une redevance annuelle, mettre en défense tout ou partie des pâturages, au besoin même les affermer, si ce procédé paraît plus avantageux, et permet de supprimer d'autres charges plus lourdes. Il peut donc se mouvoir à son aise, pourvu qu'il opère sur un sol entièrement libre. Mais s'il se trouve en face de titres particuliers, de concessions collectives ou individuelles, il doit les res-

[1] Les mots soulignés sont extraits de la loi du 18 juillet 1837 art. 17. Celle de 1884 art. 61 se contente de dire que le conseil municipal règle par ses délibérations *les affaires de la commune;* l'ancienne formule était, ce semble, plus claire et plus précise.

Digitized by Google

pecter, s'il ne veut pas que son œuvre sombre devant les droits acquis, barrière que les arrêts administratifs ne sauraient franchir, et qui est placée sous la sauvegarde des tribunaux ordinaires.

On voit par là, combien il est essentiel de constater dans un acte de cette nature, s'il s'applique au vain pâturage, ou tout simplement à des propriétés communales; au premier cas l'homologation administrative doit être expresse, tandis que dans l'autre elle peut être tacite et résulter de la seule expiration du délai d'un mois, à partir du dépôt à la préfecture [1]. Il faut noter aussi que la situation du maire n'est pas identique dans les deux hypothèses; sous le rapport de la vaine pâture, il n'est que l'exécuteur des volontés de son conseil, tandis qu'à l'autre point de vue la délibération ne portant que sur la jouissance ou sur *les affaires de la commune*, suivant l'expression adoptée par la loi de 1884, tout ce qui se rattache à l'exécution et à la sanction de ces mesures rentre dans les attributions du maire chargé d'une manière générale par la même loi (art. 90 n° 10), d'exécuter les délibérations du conseil municipal. Toutes ces nuances fort délicates, qui trop souvent passent inaperçues demandent à être signalées et mises en relief.

59. Pour compléter cette partie intéressante de notre sujet, il est nécessaire de nous arrêter un instant sur les pénalités à infliger.

La loi rurale maintenant les anciens usages, il est bon de préciser, sous ce rapport, les différences qui existent entre le passé et le présent. La *peine du ban* était légère ,elle consistait en quelques sous et dépassait rarement 60; lors de la réformation des coutumes, presque partout elle prit place dans leur texte, et obtint, de la sorte, une plus grande fixité. Si nous voulons connaître les infractions qu'elle réprimait, il faut encore nous référer à l'ouvrage souvent cité de la Poix de Fréminville, qui déclare *amendables :* 1° Les pâtres et les troupeaux dépassant le sol du parcours ou de la vaine pâture (III, p. 415 et 500). 2° Les bestiaux et troupeaux des particuliers se livrant aux mêmes écarts.

[1] C'est ce que décidait l'art. 18 de la loi municipale du 18 juillet 1837 littéralement reproduit dans celle de 1884, art. 68, § final.

Digitized by Google

3° A plus forte raison ceux appartenant à des étrangers (p. 501). 4° Ceux des forains possédant des biens dans la circonscription sans y habiter (p. 502). 5° Enfin le propriétaire lui-même s'il anticipe sur son propre sol; ou s'il conduit aux pâturages communs des animaux n'ayant pas droit (p. 488 et 502). En laissant de côté les forains, alors mieux traités dans le midi, mais qui partout aujourd'hui sont assimilés aux propriétaires ordinaires, nous devons reconnaître que les autres mésus continuent à être délictueux; la loi prohibitive seulement n'est plus unique, le Code pénal intervient et attire à lui un certain nombre d'infractions, indépendamment de celles qui sont gouvernées par le n° 15 de son art. 471. Aussitôt qu'on envahit les fonds d'autrui, soit avant l'ouverture du vain pâturage, soit après, en franchissant avec son bétail le cercle dans lequel il doit être renfermé, on commet un délit, dont la gravité varie suivant la nature du sol qui est foulé, et l'état des récoltes dont il est pourvu. Si la garde a lieu à bâton planté, ce méfait le plus grave puni de l'amende et d'un emprisonnement qui peut atteindre une année, reste sous l'empire de la loi rurale (tit. 2, art. 26). Que la contravention soit le fait d'un troupeau public ou privé, ou bien de quelques têtes de bétail appartenant, soit à des étrangers, soit à des gens de la circonscription, peu importe, la solution reste la même.

S'agit-il au contraire d'un usager qui exagère son droit en sortant du cantonnement qui lui est affecté, en conduisant un plus grand nombre de bestiaux aux compascuités, ou qui anticipe l'ouverture sur ses herbages, il est manifeste que dans ces conditions, c'est uniquement l'arrêté municipal qui est en cause. Le droit au pâturage n'est pas douteux et il survit quoi qu'il arrive; ce qui est violé, c'est le règlement municipal qui détermine le mode de jouissance, assigne à certains des intéressés un lot spécial, les circonscrit dans certains jours et même dans certaines heures, si l'intérêt public est en jeu. La répartition peut varier d'une année à l'autre, gêner quelque peu le propriétaire, mais nul ne songe à le dépouiller des prérogatives inhérentes à son droit; il n'y a dans tout cela qu'une affaire de police. Ces solutions sont d'ailleurs en parfaite harmonie avec les anciens usages; les méfaits de cette nature subissaient la peine du ban et une

Digitized by Google

seule amende était encourue à raison d'un troupeau appartenant à un seul, à plusieurs, ou à une communauté, pourvu qu'il formât *une proye* unique *sous un bâton*, comme le dit l'art. 169 précité de la coutume de Troyes. Ces vieux règlements ont fait leur temps ; ils n'ont plus aujourd'hui aucune raison d'être étant remplacés par nos lois modernes, et l'art. 471 du Code pénal, dont l'amende de 1 à 5 fr. peut être considérée comme une représentation assez exacte de l'ancienne peine du ban.

60. Notre conclusion est donc celle-ci. Toutes les fois qu'on franchit le sol sur lequel s'exerce le vain pâturage, et qu'on pénètre sur les possessions d'autrui, on commet une infraction qui varie suivant sa nature et les circonstances dans lesquelles elle se produit. Celui qui sur les siens se contente d'anticiper l'ouverture des compascuités, ou d'envoyer aux paissons communes un troupeau trop considérable, celui-là contrevient tout simplement à l'arrêté, avec d'autant plus de raison que s'il n'en existait pas, chacun pourrait envoyer aux herbages tout le bétail qu'il hiverne avec ses propres ressources. Cette solution doit s'étendre au cas où, par un moyen détourné, on introduit dans les pâturages des bestiaux qui n'y ont pas droit. Si l'art. 15 de notre section défend ce trafic, il ne prononce aucune sanction pénale; ce n'est donc que par voie de réglementation, en vertu de cet article, et en conformité des anciens errements qu'on peut arriver à une répression. Notre interprétation, outre qu'elle est logique, met un terme à de graves controverses qui s'agitent au cas de sectionnement d'une commune, d'organisation de cantonnements distincts, et encore d'anticipation de la part du propriétaire sur le sien. Dans toutes ces espèces l'existence du droit n'est pas contestable, il subsiste au profit des usagers malgré les entraves et les restrictions qu'on peut y apporter ; ce qui est bien plus évident vis-à-vis du propriétaire. Les constituer en délit, en pareille occurrence, est tout à fait exorbitant; une contravention se conçoit plus facilement et fait mieux comprendre le sens et la portée de ces interdictions.

60 *bis*. Avant d'aller plus loin, nous devons nous arrêter un instant sur deux lois qui viennent de modifier sensiblement le régime du parcours et de la vaine pâture.

Digitized by Google

L'art. 1er de la loi du 9 juillet 1889 abolit la servitude de parcours, sauf indemnité si elle a été constituée à titre onéreux. Cette disposition, par trop laconique, ne doit s'appliquer qu'à la servitude réciproque existant entre deux communes ou sections de commune. Le parcours entre particuliers, suivant le langage de Fournel, subsiste dans son intégrité, tout comme celui à titre privé établi au profit exclusif d'une commune sur une autre commune.

L'art. 2 supprime la vaine pâture ordinaire, en permettant toutefois, aux conseils municipaux et aux intéressés de réclamer son maintien dans l'année de la promulgation de la loi. Cette réforme, si modeste qu'elle soit, a suscité des regrets et peut-être même des convoitises en sorte que, quelques mois après, un projet de loi émané de l'initiative individuelle proposait des modifications qui ont abouti à la loi du 22 juin 1890. Elle maintient l'abrogation de la vaine pâture, avec cette restriction qu'elle ne sortira effet qu'une année après la promulgation. Ce délai peut être utilisé par les conseils municipaux et autres intéressés pour provoquer administrativement le maintien du vain pâturage. Si le Conseil général partage cette manière de voir, la servitude est maintenue; en cas de désaccord, la question est tranchée par un décret rendu en Conseil d'Etat. La loi de 1890 ajoute que la servitude continuera à fonctionner en attendant la décision définitive, qui pourrait bien se faire longtemps attendre. Ici, comme en matière de parcours, les titres privés au profit des particuliers, ou des communes continueront à sortir effet, sauf toujours la faculté de les éteindre à l'aide du cantonnement ou du rachat.

Ce n'est pas tout, les prairies naturelles soustraites au vain pâturage par la loi de 1889, y sont de rechef assujetties par celles de 1890. On pourrait même dire que le fardeau devient plus lourd, le mot *provisoirement* qui se trouvait dans la loi rurale ayant disparu dans le texte moderne. Voilà ce que font pour l'agriculture ceux qui se disent ses amis, que faut-il donc attendre de ses pires ennemis?

Hors de là, nos deux lois se trainent dans les sentiers battus; et celle de 1889 n'est pas heureuse lorsqu'elle en sort. Les art. 4 et 7 s'occupent du troupeau commun sans trancher aucune des

Digitized by Google

difficultés que le sujet fait surgir. Bien que leur usage devienne moins fréquent, ils continueront à être appliqués dans un bon nombre de cas. Les art. 5 et 6 traitent de la clôture et aussi des cultures qui sont soustraites au vain pâturage. Seulement, leur importance est presque nulle du moment où les prairies naturelles, affranchies par la loi de 1889, sont reprises par celle de 1890.

Les art 8, 9, 10 et 11 ont trait à des questions de pure réglementation; au milieu de détails qui ne font que confirmer la législation actuelle, se trouve la disposition suivante où il est dit (art. 11), que les conseils municipaux en conformité des art. 68 et 69 de la loi municipale du 5 avril 1884, peuvent prendre des arrêtés pour réglementer le droit de vaine pâture, *notamment pour en suspendre l'exercice en cas d'épizooties, de dégel, de pluies torrentielles*..... Si ces prescriptions figurent dans un arrêté général, elles sont inutiles, la loi ordinaire étant suffisante. Si l'on veut dire que, au cas de maladie, ou de contagion dans le bétail il faut, avant d'agir, recourir au conseil municipal et le faire délibérer, cette prescription est dangereuse, elle entrave l'action du maire alors qu'il n'y a pas un moment à perdre. Il valait mieux se taire que de tenir un langage qui prête à équivoque.

L'art. 12 est, à mon avis, encore plus mal inspiré. La vaine pâture établie à titre particulier, dit-il, sur des héritages déterminés, s'exerce conformément aux droits acquis; *mais le propriétaire de l'héritage grevé peut toujours l'affranchir, soit moyennant une indemnité fixée à dire d'experts, soit par voie de cantonnement*. Cet article, par son facheux laconisme, va greffer de nouvelles discussions sur celles qui existaient déjà. 1° Faut-il le prendre au pied de la lettre et décider que soit le cantonnement, soit le rachat ne subsisteront plus qu'en vaine pâture constituée entre particuliers? Cette prétention si elle était émise serait, sans doute, péremptoirement repoussée. 2° Qui aurait droit de provoquer le cantonnement ou le rachat? La distinction aujourd'hui existante entre les bois soumis au régime forestier et les simples usages ruraux est-elle respectée et maintenue? En s'en tenant à l'art. 12, on devrait conclure qu'à l'avenir l'initiative

Digitized by Google

serait, dans tous les cas, réservée au seul propriétaire ; en sorte que le droit conféré aux usagers par les lois intermédiaires se trouverait définitivement supprimé. Cette solution trop contraire aux idées qui ont actuellement cours aura de la peine à prévaloir. 3° Le propriétaire est-il absolument libre de choisir à son gré entre le cantonnement et le rachat? Difficilement on admettra que cette question très discutée avant la loi nouvelle, se trouve tranchée par quelques mots jetés au milieu de l'art. 12. Ce débat, ainsi que nous le verrons en traitant du rachat, est déplacé et non résolu, à moins qu'on ne veuille, dans tous les cas, donner la préférence au propriétaire.

Voilà où l'on peut être conduit en fabriquant à la hâte des lois qui exigent des connaissances spéciales et un examen très approfondi. Un Code, pour être digne de ce nom, doit simplifier et mettre un terme aux controverses bien loin de les multiplier. Je crois pouvoir affirmer que la plupart des critiques formulées au cours de ce travail conservent leur mérite et leur actualité.

(*à suivre*). FERD. JACQUES.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE LA VENTE ET DE L'ÉCHANGE,
(Livre III, Titres VI et VII du Code civil),

Par M. L. GUILLOUARD, professeur de Code civil à la Faculté de droit de Caen, Ancien bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour d'appel.
Tome Ier (art. 1582 à 1649); Tome II (art. 1649 à 1707, et Loi du 2 août 1884) [1]

Compte rendu par M. P. LOUIS-LUCAS,
professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

M. Guillouard poursuit avec le même succès l'œuvre considérable et si grandement utile de Demolombe, qu'il a entrepris la lourde tâche d'achever, pour le plus réel profit des civilistes.

Au *Traité du louage* et à celui du *Contrat de mariage*, qui sont déjà parvenus à leur deuxième édition, l'éminent professeur à la Faculté de droit de Caen vient de joindre, en deux importants volumes, les *Traités de la vente et de l'échange*.

[1] 2 vol. in-8, Paris.

Digitized by Google

Il serait superflu d'insister sur les qualités maîtresses qui distinguent ces nouveaux *Traités* au même titre et au même degré supérieur que leurs deux aînés; les lecteurs de cette *Revue* connaissent de longue date M. Guillouard : c'est-à-dire qu'ils ont, depuis longtemps, appris à l'apprécier. Bornons-nous donc à répéter que ce qu'ils ont loué dans les travaux précédents, ils le retrouveront dans celui-ci, qui ne leur cède en rien, soit au point de vue de la science, soit au point de vue de la clarté et du talent d'exposition, soit au point de vue du style, soit enfin au point de vue de cette irréprochable méthode, dont la rigoureuse précision ne s'est jamais démentie et qui, grâce à un sens critique fin et délicat, aboutit à des résultats toujours si heureux. Il y a là comme un précieux héritage laissé par le maître regretté au disciple choisi. Nous n'avons qu'à les remercier l'un et l'autre d'avoir tous deux compris de telle sorte les intérêts de tous.

Le premier volume commence par s'occuper de la nature et des conditions de la vente, pour traiter ensuite des obligations du vendeur. Il se compose ainsi de deux parties très distinctes.

La première est divisée en six chapitres, relatifs à la formation, aux effets généraux et aux principales modalités du contrat de vente; — aux promesses de vente; — au prix; — aux personnes qui peuvent acheter ou vendre; — aux choses qui peuvent être vendues; — aux frais de la vente.

Quant à la seconde partie, elle est naturellement de beaucoup la plus importante; elle contient deux chapitres, ayant chacun pour titre et pour objet l'une des deux obligations légales du vendeur : nous avons nommé la délivrance et la garantie. Ces deux chapitres sont, à leur tour, subdivisés en sections, dans lesquelles le savant auteur, pénétrant dans le détail des opérations de la vente, examine comment s'opère la délivrance de la chose vendue; en quel endroit, à quel moment, dans quel état et aux frais de qui elle doit avoir lieu; quels en sont les effets; quelles conséquences résultent du défaut de délivrance, spécialement en ce qui concerne la contenance dans le cas de vente d'immeubles; en quoi consistent la garantie pour éviction et la garantie des défauts de la chose vendue et quels en sont les effets, notamment en matière de servitudes.

Digitized by Google

Vient ensuite le tome II qui, consacré aux art. 1649 à 1707 et à la loi du 2 août 1884, continue d'abord l'énumération et l'étude approfondie des obligations du vendeur, et s'occupe des règles particulières qui gouvernent la garantie des vices rédhibitoires dans la vente des animaux domestiques. — Les obligations du vendeur une fois passées en revue, M. Guillouard nous entretient des obligations de l'acheteur, qui consistent dans le paiement du prix fixé dans le contrat et des frais d'acte et autres frais accessoires à la vente, et dans la nécessité de prendre livraison. Il s'arrête ensuite sur les conséquences du défaut de paiement du prix, c'est-à-dire sur la résolution de la vente et sur le droit de revendication. Enfin, le *Traité de la vente* se termine par l'étude magistrale des causes de nullité et de résolution spéciales à ce contrat; de la licitation, de la cession des choses incorporelles en général, des créances, des droits successifs et litigieux. L'auteur, dans le cours de cette délicate matière, aborde, avec le soin qui lui est habituel, les abondantes controverses auxquelles ce sujet a donné naissance en doctrine et en jurisprudence; il les développe avec cette autorité, cette mesure et cette concision frappante dont il a le secret, et qu'il sait apporter dans toutes les discussions juridiques auxquelles il se livre.

En ce qui concerne le *Traité de l'échange*, la théorie en est contenue dans une trentaine de pages, qui suffisent à M. Guillouard pour expliquer à merveille les caractères de ce contrat et ses analogies avec la vente, qui lui sert de terme de comparaison, sa nature, ses conditions et ses effets.

Ajoutons que chacun des deux volumes dont nous venons de présenter un rapide aperçu, est accompagné d'une table par ordre des matières et d'une table des articles du Code civil expliqués, et qu'à la fin du tome II se trouve en outre une table alphabétique fort commode des matières contenues dans l'ouvrage.

Si nous essayons maintenant de porter un jugement d'ensemble sur ces deux volumes, nous nous contenterons de dire brièvement que tout y est, comme par le passé, consciencieusement indiqué, analysé, approfondi et commenté. Ils contiennent une revue complète des questions théoriques et pratiques que peut soulever le contrat de vente. Leur grand mérite est de répandre

Digitized by Google

à profusion la lumière sur tous les points obscurs de cette difficile matière. Leur unique tort consiste, peut-être, dans leur supériorité sur ceux qui les ont précédés, en ce qu'il nous a paru que l'auteur a imprimé une allure plus vive à ses développements et a mené d'une manière plus alerte l'examen des questions controversées, négligeant à dessein de s'appesantir et de s'attarder trop complaisamment sur ce que nous appellerions volontiers le vieux fonds et comme le domaine public des anciens problèmes si souvent agités et si diversement résolus. M. Guillouard ne craint-il pas de ne plus pouvoir arriver maintenant à se surpasser dans la suite?

A vrai dire, il n'y a pas là de quoi s'inquiéter pour l'avenir; fortuné entre tous, s'il ne peut plus faire mieux, il s'en consolera aisément en faisant aussi bien; n'est-ce pas encore là la meilleure forme de l'encouragement à parfaire rapidement une œuvre si vaillamment commencée, si brillamment et si victorieusement poursuivie?

P. LOUIS-LUCAS.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

Année judiciaire 1889-1890,

Par M. Brémond, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

I. — Contentieux administratif : 1. Quel est le tribunal ordinaire en matière administrative ? — 2. Réclamation des employés municipaux révoqués. — 3. Actes de gouvernement. — 4. Saisies faites par les préfets en vertu de l'art. 10 Cod. Instr. crim.

II. — Voirie : 1. Compétence en matière de classement des voies publiques. — 2. Distinction entre l'élargissement et le redressement d'un chemin vicinal. — 3. Servitude de support des plaques indicatrices du nom des rues.

III. — Travaux publics : 1. Formes et effets de la réadjudication sur folle-enchère. — 2. Clauses et conditions des travaux de la Ville de Paris. — 3. L'administration des chemins de fer de l'Etat est-elle un établissement public ?

I. — *Contentieux administratif.*

1. L'arrêt du Conseil d'État du 13 déc. 1889 [1] rompt définitivement avec l'ancienne doctrine que le ministre est le juge ordinaire du contentieux administratif, et attribue ce rôle au Conseil d'État lui-même. La solution vaut la peine que nous nous y arrêtions quelques instants.

Voici d'abord les faits à l'occasion desquels elle a été rendue. Un ingénieur des ponts et chaussées, M. Cadot, avait été mis à la disposition de la ville de Marseille par le ministre des travaux publics pour prendre la direction municipale de la voirie et des eaux. Après une expérience de deux ans, le Conseil municipal décida que ce fonctionnaire ne remplissant pas d'une manière satisfaisante la mission qui lui avait été confiée, son emploi était supprimé; et le maire de Marseille prit un arrêt de révocation. M. Cadot réclama alors à la ville une double indemnité : 1° à raison de l'atteinte portée à sa considération professionnelle par les allégations insérées dans les délibérations du Conseil municipal; 2° pour le préjudice résultant de ce qu'il avait

[1] Recueil des arrêts du Cons. d'Et., 1889, p. 1148.

Digitized by Google

été brusquement privé de son emploi. L'autorité judiciaire, puis le Conseil de préfecture s'étant déclarés incompétents pour statuer sur cette déclaration, M. Cadot finit par s'adresser au ministre de l'intérieur, dont il contestait d'ailleurs la compétence, mais il voulait épuiser toutes les juridictions avant de demander un règlement de juge par la voie du conflit négatif. Le ministre ne répondit pas, comme l'espérait le requérant, par une déclaration nette d'incompétence; il décida que la question de diffamation devait être portée devant les tribunaux judiciaires et que la demande d'indemnité, n'ayant pas été admise par le Conseil municipal de Marseille, ne pouvait recevoir un autre accueil devant lui. Pourvoi du sieur Cadot devant le conseil d'État, fondé sur l'incompétence du ministre qui a statué au fond sur une réclamation appartenant au contentieux judiciaire. C'est dans ces conditions que le Conseil d'État arrête : 1° qu'en effet le ministre était incompétent, mais qu'il n'a rendu aucune décision sur le fond, car en réalité il s'est abstenu de statuer; 2° que la demande soulève un litige administratif dont la connaissance n'appartient qu'au Conseil d'État.

La rédaction de l'arrêt ne précise pas, il est vrai, que la juridiction ordinaire est refusée aux ministres pour être attribuée au Conseil d'État; mais la solution ne peut pas s'expliquer autrement. Aucun texte en effet n'attribue à un tribunal quelconque les questions du genre de celles qui étaient soulevées dans l'affaire; si le Conseil d'Etat en garde la connaissance, c'est donc qu'il se considère comme étant le juge ordinaire du contentieux administratif. La décision d'ailleurs n'a pas été prise à l'aveugle; M. le commissaire du gouvernement Jagerschmidt, dans ses conclusions, avait posé la question nettement, et c'est en parfaite connaissance de cause que le Conseil d'Etat s'est prononcé. Nous approuvons absolument cette nouvelle jurisprudence dont nous avons établi la légalité dans une étude publiée dans cette Revue même [1], et à laquelle nous renvoyons pour n'avoir pas à nous répéter. La nouvelle doctrine est acceptée par M. Laferrière [2].

2. L'arrêt du 13 déc. 1889 résout encore deux questions très

[1] *Revue critique*, Nouv. série, t. XV, p. 266.
[2] *Juridict. administr.*, t. I, p. 413.

Digitized by Google

importantes. Il décide : 1° que l'employé municipal révoqué qui demande une indemnité du chef de sa révocation doit adresser sa réclamation à l'autorité administrative et 2° qu'il n'a droit d'ailleurs à aucune indemnité.

La première de ces questions a déjà été examinée dans cette Revue par notre savant prédécesseur, M. Gautier [1], qui, contrairement à l'opinion adoptée par le Conseil d'État, concluait en faveur de la compétence judiciaire. Il se fondait sur ce que les actes de nomination ou de révocation des employés communaux ne sont pas des actes de puissance publique, mais qu'ils constituent des actes de gestion qu'aucune disposition de loi ne défère à la juridiction administrative, et qui appartiennent par conséquent au contentieux judiciaire en vertu de la théorie universellement admise. (Laferrière, *Juridict. administr.*, t. I, p. 8).

On a objecté que ce raisonnement ne tenait pas compte de ce fait, que certains employés municipaux sont des fonctionnaires publics et qu'en ce qui concerne ceux-là tout au moins, les arrêtés de nomination et de révocation sont sûrement des actes de puissance publique, puisqu'ils ont pour résultat d'investir ou de dépouiller les particuliers, qui en sont l'objet, d'une portion de l'autorité publique. Et l'on ne peut penser à faire une distinction entre les simples employés et les fonctionnaires publics pour réserver à la juridiction administrative les réclamations de ces derniers; car la loi met les collations d'emplois sur la même ligne que les collations de fonctions, elle ne voit dans ces deux catégories d'arrêtés que des actes de même nature. Or, il est impossible de donner aux tribunaux judiciaires la connaissance des litiges soulevés par les nominations et révocations de fonctionnaires, il ne reste donc qu'à attribuer à la juridiction administrative les mêmes questions relatives aux employés. On peut ajouter que cette solution aura en pratique un avantage qui n'est pas à dédaigner, ce sera de faire disparaître toute controverse sur la manière de distinguer les fonctions des simples emplois. Nous estimons donc qu'on peut l'adopter.

Sur la deuxième question, une indemnité est-elle due? notre

[1] *Revue critique*, Nouv. série, t. XI, p. 22.

Digitized by Google

arrêt répond négativement. La commune ne doit rien ni pour la révocation puisqu'elle n'a fait qu'user d'un droit que la loi lui donne, ni pour les allégations diffamatoires puisqu'elle n'en est pas l'auteur; si le requérant croit avoir à se plaindre des discours de quelques conseillers municipaux, c'est à eux qu'il doit s'adresser et non à la commune qui n'est pas responsable de leurs actes.

Nous approuvons entièrement ces décisions dont la première seule peut d'ailleurs prêter à discussion. Le requérant, pour justifier la demande d'indemnité, invoquait les règles du louage de services; un contrat de cette nature s'était formé entre la ville de Marseille et lui; celle-ci ne pouvait résilier son engagement sans payer une indemnité conformément aux usages. Pour combattre ce raisonnement, le commissaire du gouvernement a cru devoir nier l'existence de tout rapport contractuel entre la ville et ses employés . « Le maire qui nomme à des emplois communaux fait acte d'autorité hiérarchique et non de contractant... Le Code civil et le louage d'ouvrage sont hors de cause. » Mais ce sont là des affirmations gratuites, de véritables pétitions de principe; nous ne pouvons pas en effet considérer comme un argument cette circonstance, relevée par le commissaire du gouvernement, que la nomination est l'œuvre unilatérale du maire, qui y procède par un arrêté auquel l'employé ne prend aucune part; l'observation est incomplète puisqu'elle oublie de tenir compte de l'acceptation de l'employé qui est cependant indispensable. Ce n'est pas non plus le fait, que la loi autorise le maire à faire ces nominations, qui peut nous porter à leur refuser le caractère d'actes contractuels. Nous estimons donc que le pourvoi avait raison de prétendre que les rapports qui existent entre une commune et les employés sont de nature contractuelle et constituent un louage de services.

Mais il ne résulte pas de là que l'employé révoqué ait droit à une indemnité. Observons d'abord qu'aucun texte ni au titre des obligations ni à celui du louage ne statue spécialement sur notre question. Il est seulement d'usage général que le patron ou le maître, qui veut renvoyer un commis ou un domestique, doive l'avertir quelque temps à l'avance ou lui payer une indemnité; mais ce n'est là qu'une clause naturelle qu'il ne faudra sous-enten-

Digitized by Google

dre que si elle est adoptée par la coutume générale ou locale; or nous ne croyons pas qu'on ait jamais eu l'habitude de payer une indemnité aux employés communaux révoqués. Nous ajoutons qu'il est assurément permis aux parties de convenir que le patron pourra renvoyer son commis sans avertissement préalable et sans indemnité; cette clause, n'ayant rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, doit être observée toutes les fois qu'on la rencontre, et elleest insérée dans les contrats des employés municipaux par l'art. 88 de la loi municipale du 5 avril 1884 qui réserve formellement au maire le droit de suspension ou de révocation sans aucune condition ni d'avertissement préalable ni d'indemnité. Cette disposition n'est pas nouvelle, elle existait déjà dans l'art. 12 de la loi municipale de 1837, les employés en ont donc eu connaissance et ils l'ont acceptée en acceptant l'emploi qui leur était confié.

3. C'est une question fort controversée entre les auteurs que celle de la définition à donner des actes gouvernementaux. Dans le principe, on paraissait ne s'attacher pour caractériser ces actes qu'au but poursuivi par leurs auteurs; mais ce point de vue est aujourd'hui abandonné, et la doctrine la plus récente admet que le caractère gouvernemental d'un acte doit résulter de la nature intrinsèque de cet acte, et non du mobile auquel a obéi son auteur. La jurisprudence est entrée tout à fait dans cette voie, comme le prouvent les trois arrêts du Tribunal des conflits, en date des 23 et 25 mars 1889[1], que nous allons analyser.

Le comte de Paris avait adressé à tous les maires de France une circulaire imprimée qu'il faisait distribuer par la poste. Le préfet de police fit saisir à Paris, entre les mains du sieur Dufeuille, un paquet de ces circulaires avec les clichés et griffes qui avaient servi à les imprimer. En même temps le préfet de la Savoie requérait du receveur des postes de Chambéry la remise de quelques circulaires confiées à la poste par le sieur Usannaz-Joris sous forme de lettres recommandées. Enfin, le préfet du Loiret ordonnait la saisie des exemplaires d'un dessin représentant le comte de Paris à cheval, qui se trouvaient en la possession des sieurs Michau et Lafreney. Les victimes de ces saisies se pourvurent devant les

[1] Recueil des arrêts du Cons. d'Et., 1889, p. 411.

Digitized by Google

tribunaux judiciaires pour obtenir soit une indemnité, soit la restitution des objets qu'on leur avait confisqués; mais le conflit fut soulevé dans chaque cas, et les trois affaires arrivèrent devant le Tribunal des conflits.

L'administration opposa dans les trois cas un moyen de défense commun; elle prétendit qu'il s'agissait d'actes de gouvernement et que, par suite, on ne pouvait admettre le contrôle d'aucune juridiction ni de l'ordre judiciaire, ni de l'ordre administratif. Et pour prouver que sa prétention était fondée, elle faisait observer que les actes incriminés avaient été ordonnés par le ministre de l'intérieur, qu'ils avaient été approuvés par les Chambres, et qu'enfin ils avaient un but politique, puisqu'ils avaient été accomplis pour assurer la sécurité de l'État et pour réprimer les entreprises tentées contre la République par les membres des familles ayant régné en France. Le tribunal répondit qu'aucune de ces circonstances ne pouvait changer la nature intrinsèque des actes discutés; dans les trois arrêts, en effet, on peut lire ce considérant commun : « Considérant que la saisie ne change pas de nature par ce fait qu'elle a été ordonnée par le ministre de l'intérieur dans un but politique, et que la mesure a été approuvée par les Chambres; que ces diverses circonstances ne sauraient lui donner le caractère d'acte de gouvernement. » Nous ne pouvons qu'approuver cette solution. Admettre que la poursuite d'un résultat politique suffit pour soustraire les actes des agents administratifs à tout contrôle contentieux serait entrer dans une voie qui conduirait inévitablement à des abus.

Dans un précédent examen doctrinal[1], nous avions exprimé des doutes sur la légitimité de la théorie des actes gouvernementaux; la question a été reprise depuis et examinée à fond par M. Michoud[2], professeur à la Faculté de droit de Grenoble, qui, dans une étude très intéressante et très complète, a démontré : 1° que la distinction entre les actes administratifs et les actes de gouvernement est absolument inconnue au droit positif, et qu'elle ne peut s'appuyer ni directement, ni indirectement, sur aucun

[1] *Revue critique*, Nouv. série, t. XVII, p. 563.

[2] *Annales de l'enseign. supér. de Grenoble*, t. I, n° 2.

Digitized by Google

texte; 2° que cette distinction est en outre arbitraire au point de vue rationnel, à tel point que ses partisans n'ont jamais pu se mettre d'accord sur une définition commune; 3° que les déclarations du rapport de M. Vivien, qu'on a l'habitude de présenter comme un argument en faveur de ladite distinction, se réfèrent à un texte dont la Chambre a modifié la rédaction sur des points très importants, de telle façon que ces déclarations ne peuvent plus avoir aucune autorité; 4° enfin, qu'il résulte de l'ensemble de la discussion sur l'art. 47 de la loi du 3 mars 1849, que les divers orateurs ont tous considéré ce texte comme s'appliquant seulement aux actes de pure administration, et qu'aucun d'entre eux n'a fait allusion, même indirectement, aux actes de gouvernement. Nous espérons que le travail de notre savant collègue augmentera le nombre de ceux qui croient que la doctrine des actes de gouvernement n'a aucun fondement ni en raison, ni en droit positif, et qu'elle présente des inconvénients graves sans aucun avantage.

4. Si les saisies des circulaires ne sont pas des actes gouvernementaux, quel est donc le tribunal qui doit en connaître? Il faut faire une distinction parmi les trois espèces que nous avons indiquées : dans la 1re et dans la 3me il s'agit d'une revendication d'objets mobiliers, dans la 2me il n'est question que d'une demande d'indemnité.

Pour la revendication des objets saisis aucune difficulté sérieuse ne paraît avoir existé sur l'attribution de compétence aux tribunaux judiciaires; elle a été admise par le Tribunal des conflits conformément aux conclusions des commissaires du gouvernement. Il ne faudrait pas cependant se méprendre sur la portée de cette décision. On lit dans le 1er arrêt du Tribunal (affaire Dufeuille) un considérant dont la trop grande généralité pourrait induire en erreur : « Considérant que la demande n'ayant d'autre but que la revendication d'objets mobiliers était de la compétence de l'autorité judiciaire. » Cela ne veut pas dire que dans toute hypothèse les questions de revendication mobilière sont toujours du contentieux judiciaire; ce serait là une interprétation erronée et pour s'en convaincre on n'a qu'à lire l'arrêt dans son entier; on y verra que le Tribunal pour justifier sa solution insiste sur

Digitized by Google

la nature de l'acte qui a porté atteinte à la propriété du réclamant et c'est parce que cet acte n'est pas de nature administrative qu'il est attribué au contentieux judiciaire. C'est là le vrai point de vue auquel il faut se placer; ceux qui ne se préoccuperaient que du droit violé et croiraient qu'il n'y a pas à tenir compte des circonstances spéciales dans lesquelles cette violation a été commise éprouveraient très certainement des mécomptes devant les Tribunaux des conflits. Il faut remarquer en effet que de ces circonstances dépend la position de la question à résoudre. Dans notre espèce, par exemple, le préfet de police pas plus que celui du Loiret ne prétendaient à la propriété des objets saisis; ils ont entendu prendre une mesure de police sans contester en aucune manière les droits des possesseurs entre les mains desquels la saisie était faite. La réclamation de ces derniers ne soulève donc aucune question de propriété ou de possession; il s'agit seulement de savoir si les mesures de police ordonnées par les préfets sont légales ou non.

Mais n'est-ce pas là alors une affaire du contentieux administratif? Non, car les préfets avaient agi en vertu de l'art. 10, Inst. crim., et ils devaient dès lors être considérés comme étant des officiers de police judiciaire et non des agents administratifs. Les actes qui sont l'exercice de la police judiciaire dépendent du contentieux judiciaire et sont soumis au contrôle de l'autorité judiciaire, même s'ils ont été accomplis par des fonctionnaires appartenant à une autre autorité.

Le Tribunal des conflits insiste en outre sur cette circonstance que les mesures ordonnées étaient illégales : « Considérant que si le gouvernement a le devoir d'assurer la sécurité de l'Etat et de réprimer toute entreprise tentée contre la République par les membres des familles ayant régné en France, il n'est investi à cet égard que des pouvoirs que la loi lui donne; — Considérant que le droit de pratiquer discrétionnairement des saisies ne résulte ni de la loi du 22 juin 1886 ni d'autres lois. » Ces considérants sont inutiles pour la solution de la question de compétence; comme le dit en excellents termes M. Laferrière [1] : « Les vices dont l'acte de puissance publique peut être entaché ne lui enlèvent pas son

[1] *Juridict. administr.*, t. I, p. 430.

Digitized by Google

caractère administratif... par suite ils n'effacent pas à son égard l'interdiction des lois de 1790 et de l'an III. » Ajoutons que le Tribunal des conflits n'a pas qualité pour apprécier la légalité des actes de l'administration. Institué pour résoudre des questions de compétence, il ne peut jamais évoquer le fond des affaires à l'occasion desquelles il est saisi. Dans les hypothèses que nous discutons, il s'agissait bien au fond de savoir si les actes préfectoraux étaient légaux ou non, mais le Tribunal des conflits ne pouvait que désigner le juge, il n'avait pas à juger lui-même. Les affirmations ci-dessus reproduites n'ont par conséquent aucune valeur légale et le tribunal judiciaire que saisiront les parties pourra parfaitement admettre que les saisies sont légitimes et que les préfets en les ordonnant n'ont fait qu'user des pouvoirs que la loi leur donnait. Ce n'est pas que nous désirions un pareil résultat, car nous croyons aussi que les saisies sont illégales; nous faisons seulement remarquer que le tribunal est en ce point sorti de ses attributions.

Nous arrivons à la deuxième espèce où il s'agit non plus d'une revendication, mais d'une demande d'indemnité. M. le commissaire du gouvernement Marguerie soutenait qu'il n'y avait plus ici aucun motif d'attribuer compétence à l'autorité judiciaire puisqu'il n'y était plus question de propriété. Nous avons déjà répondu que c'est la nature des actes accomplis par l'administration qui fixe la compétence, et non l'objet de la demande des réclamants; or, dans cette espèce comme dans les précédentes, on discute la légalité d'une mesure de police prise par un préfet en vertu de l'art. 10, Instr. crim., la situation en ce qui concerne la compétence est donc absolument la même. Mais, objecte le commissaire du gouvernement, le préfet n'a fait que se conformer aux instructions qui lui étaient données; il faudra donc, pour apprécier la responsabilité, examiner les ordres qu'il a reçus, et cela constitue bien une immixtion de l'autorité judiciaire dans le domaine de l'administration. Il n'importe, répond avec raison le tribunal, car les saisies pratiquées en vertu de l'art. 10, Instr. crim., relèvent de l'autorité judiciaire, et l'ordre du ministre, ne changeant pas la nature de ces actes, ne modifie en rien la compétence.

Digitized by Google

II. — *Voirie.*

1. Le classement ou la reconnaissance des voies publiques appartient en principe à l'autorité administrative; nous trouvons cependant, pendant la présente année judiciaire, deux arrêts de Cour d'appel qui font intervenir l'autorité judiciaire dans ces questions.

Le premier a été rendu par la Cour de Paris [1], le 2 avril 1889. Un arrêté préfectoral du 18 juillet 1861, avait classé comme chemin vicinal de la commune de Saint-Farjeau, une bande de terrain sur la rive gauche de la Seine et servant d'assiette en cette partie au chemin de halage. Le propriétaire du sol attenant à cette bande la revendiqua comme lui appartenant. Cette demande soulevait des questions de fait, qui n'ont aucun intérêt pour nous, et qui furent résolues en faveur du demandeur; elle soulevait en outre la question de savoir si l'arrêté de classement ne faisait pas obstacle à la revendication. La Cour a donné gain de cause au demandeur par les motifs suivants : Les art. 15 et 16 de la loi du 21 mai 1836, doivent être complétés l'un par l'autre; si le premier donne aux arrêtés de classement ou d'élargissement des chemins vicinaux un effet translatif de propriété, le deuxième décide formellement qu'en cas d'ouverture ou de redressement de ces chemins l'administration devra se servir de l'expropriation si elle veut occuper une parcelle d'une propriété privée. Il suit de là que l'art. 15 n'est applicable aux classements que quand le sol du chemin est déjà la propriété de la commune, sinon le prétendu classement n'est qu'une ouverture ou qu'un redressement; et l'autorité chargée de voter le classement (on sait que depuis la loi du 10 août 1871, c'est tantôt le Conseil général, tantôt la commission départementale), ne peut pas augmenter ses pouvoirs en donnant une qualification inexacte à la mesure qu'elle prend. Une décision, qui crée un chemin vicinal sur une propriété privée, constitue une ouverture de chemin vicinal, et ne peut produire que les effets indiqués par l'art. 16 de la loi sur la vicinalité, quoique son auteur l'ait qualifiée d'arrêté de classement. Or, dans notre espèce, la commune

[1] Dall. 90. 2. 223.

Digitized by Google

de Saint-Farjeau n'était pas, au moment du classement, propriétaire de la bande de terrain contestée; il est vrai que cette bande était soumise à la servitude de halage; mais une servitude ne détruit pas le droit de propriété; et la servitude de halage n'a pas à ce point de vue plus d'effet que les autres servitudes. L'arrêté nommé par le préfet arrêté de classement n'était donc qu'un arrêté d'ouverture d'un chemin vicinal et par suite le propriétaire du sol conserve la propriété jusqu'à l'expropriation qui est indispensable; sa revendication est donc fondée.

Ce raisonnement nous paraît irréfutable; il est d'ailleurs conforme à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat. Mais il y a une difficulté sur laquelle la Cour ne nous dit rien ou du moins si peu de chose que cela équivaut à rien : la Cour était-elle compétente pour faire cette argumentation? L'arrêté du préfet est certainement un acte de puissance publique comme tous les actes par lesquels l'administration exerce son droit de surveillance et de police sur le domaine public. Tout tribunal judiciaire n'était-il pas dès lors incompétent pour apprécier cet arrêté et pour en vérifier le sens ou les effets? Le tribunal de première instance l'avait ainsi pensé puisqu'il avait ordonné un sursis de trois mois pour permettre au demandeur de faire annuler par l'autorité compétente l'acte administratif qui lui faisait grief. La Cour admet la compétence de l'autorité judiciaire, mais sans donner aucun motif à l'appui de son opinion. « Considérant tout d'abord qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier le caractère et les effets légaux d'un pareil arrêté dont toutes les dispositions sont nettes et précises et n'ont besoin pour être appliquées d'aucune interprétation. » C'est résoudre la question par la question. Il nous semble pourtant que la justification de cette décision n'est pas difficile à trouver. L'arrêté du préfet emportait une expropriation immobilière; il était donc en cette qualité soumis au contrôle de l'autorité judiciaire soit en vertu de la loi générale du 3 mai 1841, soit en vertu des dispositions spéciales de la loi de 1836 sur les chemins vicinaux, qui s'accordent à donner à l'autorité judiciaire le droit exclusif de vérifier si les formes et les conditions de l'expropriation ont été remplies comformément à la loi. Nous approuvons donc cet arrêt de la Cour de Paris par les mêmes

Digitized by Google

motifs qui nous avaient fait critiquer celui de la Cour de Montpellier dont nous avons rendu compte dans notre précédent examen doctrinal [1].

Le deuxième arrêt émane de la Cour de Bourges [2]. Le propriétaire d'une maison, bâtie sur la limite d'un ancien cimetière, désaffecté depuis une dizaine d'années, avait considéré cet emplacement comme une place publique sur laquelle il avait ouvert des vues droites, et fait écouler ses eaux pluviales. La commune l'assigna devant les tribunaux judiciaires demandant la fermeture des fenêtres et la suppression de l'égoût des toits; elle soutenait que l'emplacement de son ancien cimetière faisait partie de son domaine privé et que par suite les riverains n'y avaient aucun droit. Sa demande fut rejetée par des considérants qui nous paraissent fort contestables. La Cour commence par établir en principe que les droits des riverains d'une voie publique sur cette voie constituent « des servitudes légales sur une voie publique et sont des droits accessoires des propriétés riveraines. » Et elle en conclut « que les difficultés qui s'élèvent sur ces droits constituent des questions de propriété de la compétence de l'autorité judiciaire ; qu'au point de vue de l'exercice de ces servitudes, l'existence même de la voie publique, rue ou place, est un fait que les tribunaux doivent vérifier ou reconnaître d'après les principes du droit commun. » On remarquera le manque de précision de ces derniers mots ; nous ne pensons pas que le rappel du droit commun vise la question même de savoir si l'emplacement contesté faisait ou non partie du domaine public; il nous semble incontestable qu'on ne peut résoudre cette difficulté qu'à l'aide des principes spéciaux de la domanialité et de la voirie; c'est probablement au point de vue de la compétence que la Cour a invoqué le droit commun, le principe auquel elle ferait allusion serait celui que le juge de l'action est juge de l'exception. Mais il est de tradition constante que ce principe ne s'applique pas aux exceptions qui par leur nature appartiennent au contentieux administratif, car alors il s'efface devant le principe de la séparation des pouvoirs [3]. Or nous nous

[1] *Revue crit.*, Nouv. sér., t. XIX, p. 625.

[2] Bourges, 3 juin 1889, Dall. 90. 2. 311.

[3] Laferrière, *Juridict. administr.*, t. I, p. 447.

Digitized by Google

trouvons ici en présence d'une de ces exceptions. La commune prétendait en effet que l'emplacement de l'ancien cimetière faisait partie de son domaine privé et qu'en tout cas il ne constituait certainement pas une place publique. Nous rappelons à ce propos que la jurisprudence admet que le domaine public municipal peut comprendre des biens tels que jardin public, emplacements affectés à la tenue de foires ou de marchés, qui ne sont pas soumis au régime spécial de la voirie, notamment en ce qui concerne les droits des riverains; un ancien cimetière peut être rangé dans cette catégorie. C'était donc une question de reconnaissance d'une voie publique qu'il fallait trancher et c'est là une attribution exclusive de l'administration. Il y a plus; nous contestons même que l'autorité judiciaire soit compétente pour statuer sur les difficultés que soulève l'exercice des droits appartenant aux riverains sur les voies publiques. La Cour se fonde sur la considération que ces droits constituent des servitudes légales; mais son raisonnement est condamné par la jurisprudence de la Cour de cassation qui a maintes fois jugé que les droits des riverains sont d'une nature particulière et qu'ils ne sauraient faire obstacle à la liberté d'action nécessaire à l'autorité administrative pour la meilleure disposition des chemins publics [1]. L'autorité judiciaire ne peut donc pas gêner l'exercice de cette action.

Au fond cependant l'arrêt de la Cour de Bourges nous paraît bien rendu; la commune demanderesse n'apportait pas en effet la preuve de son droit à réclamer la fermeture des fenêtres et la suppression de l'égoût des toits, puisqu'elle ne prouvait pas que l'ancien cimetière n'était pas une voie publique, sa demande devait donc être rejetée.

2. Nous avons vu ci-dessus qu'il fallait en matière de chemins vicinaux distinguer soigneusement la reconnaissance d'un chemin existant d'avec l'ouverture d'un chemin nouveau; la même distinction doit être faite entre l'élargissement d'un chemin et son redressement. L'arrêté d'élargissement attribue définitivement au chemin la propriété du terrain non bâti qu'il ajoute à la route; en cas de redressement, l'administration n'acquiert la propriété du sol qui lui est nécessaire que par l'effet de l'expropria-

[1] Dall. 77. 1. 431.

Digitized by Google

tion (art. 15 et 6 de la loi du 21 mai 1836). Il importe donc de distinguer les cas de redressement de ceux d'élargissement. Deux arrêts du Conseil d'État fournissent quelques éléments pour cette distinction.

1° L'arrêt du 18 janvier 1889 [1] décide que si le projet nouveau ne déplace pas l'axe du chemin existant et n'en modifie pas la direction, l'opération, quelle que soit l'augmentation de largeur qu'elle procure, constitue un élargissement.

2° Mais si l'axe du chemin est déplacée sur un parcours assez grand et que les parcelles ajoutées au chemin, d'un seul côté de la route, aient une surface presque égale à celle de la partie conservée de l'ancien chemin, l'opération ne peut être qu'un redressement, malgré la qualification contraire que lui aurait donnée son auteur (arrêt du 12 avril 1889) [2].

3. Les propriétaires riverains d'une voie publique sont tenus de souffrir le placement sur leurs immeubles des plaques ou écriteaux indicatifs du nom des rues, du moins lorsque cette obligation leur est imposée par des arrêtés municipaux. L'apposition de ces écriteaux est en effet une mesure utile au maintien du bon ordre dans la commune, elle rentre donc dans la définition que les textes et notamment l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 donnent de la police municipale.

Cette obligation constitue-t-elle une servitude? Le tribunal civil de Pontoise l'a admis sur la réclamation de la ville de Pontoise qui avait intenté une action possessoire à l'effet d'obtenir d'un propriétaire le rétablissement sur le mur de sa maison d'un écriteau qu'il en avait enlevé. Le tribunal raisonnait de la manière suivante : le droit de la commune est une véritable servitude d'après la définition même de l'art. 637, Civ.; c'est en effet une charge imposée à un héritage (tous les immeubles bordant les rues) pour l'usage ou l'utilité d'un autre héritage (les rues et places publiques); c'est une de ces servitudes dont parle l'article 650, Civ., qui sont établies pour l'utilité communale par des lois ou des règlements particuliers. Et c'est évidemment une servitude continue et apparente; elle est donc susceptible de posses-

[1] Recueil des arrêts du Cons. d'Et., 1889, p. 62.
[2] *Eod.* p. 502.

Digitized by Google

sion et peut être l'objet d'une action possessoire. Il est vrai que l'autorité municipale aurait pu poursuivre devant le juge de simple police pour contravention à un arrêté de police municipale, mais l'existence d'une action publique ne peut enlever à la ville la faculté de faire valoir ses droits par la voie civile.

Ce système, que nous trouvons fort ingénieux, n'a pas trouvé grâce devant la Cour de cassation qui l'a rejeté par arrêt du 8 juillet 1890 [1]. Elle s'est contentée de répondre « que l'exercice de l'action possessoire supposerait la possession utile par la commune d'une servitude proprement dite, c'est-à-dire d'une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire, ce qui ne se rencontre pas dans l'espèce. » C'est par cette négation pure et simple que la Cour repousse les efforts qu'avait faits le tribunal pour démontrer l'exactitude juridique de la solution qu'il avait adoptée. On peut, sans être trop difficile, trouver que la réponse est insuffisante. L'annotateur de Dalloz a essayé d'être plus complet et il a fait valoir les considérations suivantes. L'obligation dont nous nous occupons est une de ces servitudes d'utilité publique dont les art. 649 et 650, Civ., nous disent qu'elles sont soumises à des règles spéciales et soustraites par suite aux règles ordinaires des servitudes privées. D'ailleurs pour faire rentrer cette obligation dans la définition de l'art. 537, Civ., le tribunal de Pontoise avait considéré la rue comme constituant le fonds dominant et c'est là forcer la nature des choses; la rue, comme sol, comme fonds, ne tire absolument aucun avantage de l'existence de la plaque indicative, ce n'est pas là ce qui pourvoira à son bon état et à son entretien. Ceux qui profitent de la plaque indicative, ce sont les passants; il y a donc là une mesure prise dans l'intérêt des personnes et de l'ordre public et non une servitude foncière.

Nous répondons qu'il n'y a aucune incompatibilité entre les deux caractères et que l'obligation dont nous recherchons la nature nous paraît être tout à la fois une servitude foncière et une servitude d'utilité publique. L'art. 650 § 2, invoqué en sens contraire par l'annotateur de Dalloz n'oppose en réalité aucun obstacle à notre interprétation. Ce texte dit, il est vrai, que les servi-

[1] Dall. 90. 1. 365.

Digitized by Google

tudes d'utilité publique sont régies par des règlements spéciaux, mais c'est là la constatation d'un principe général qui n'entraîne nullement comme conséquence nécessaire la prohibition d'appliquer les règles ordinaires des servitudes privées, lorsqu'en fait ces règles pourront être appliquées. Or, dans notre hypothèse, nous estimons que la servitude présente tous les caractères d'une servitude foncière apparente et continue; on peut donc appliquer les règles de ces sortes de servitudes. Quant à l'objection que la rue ne peut être considérée comme un fonds dominant, elle ne nous touche guère. L'apposition des écriteaux indicatifs du nom des rues augmentera l'utilité de ces rues à peu près de la même manière qu'une servitude de prospect augmente l'utilité d'une maison. Dans les deux cas la matière immobilière n'augmente ni en quantité ni en qualité; ce sont les personnes qui usent de cette matière qui en retirent plus d'agrément ou plus de commodité. Pourquoi repousser dans un cas ce qu'on admet dans l'autre? Il n'y a d'ailleurs aucun inconvénient et il peut y avoir avantage à permettre à la commune l'accès de la juridiction civile pour faire respecter son droit; nous concluons donc que sa demande était recevable.

III. — *Travaux publics.*

1. Lorsque l'adjudicataire d'un travail public n'exécute pas les conditions de son marché, la folle enchère peut être poursuivie contre lui; mais les détails d'exécution de cette mesure formellement indiquée par l'art. 35 du règlement du 16 novembre 1866 n'ont pas été prévus et le Conseil d'Etat a eu à se prononcer à ce sujet sur deux points très importants (arrêt du 31 mai 1889) [1].

1° La réadjudication sur folle enchère peut-elle être faite sous des conditions autres que celles qui ont présidé à l'adjudication originaire? Non, très certainement; car en modifiant les conditions de la folle enchère, on pourrait rendre le marché plus onéreux et diminuer par suite le nombre des enchérisseurs ou tout au moins le montant de leurs offres, et comme le fol enchéri est personnellement responsable de cette diminution, ce serait aug-

[1] Recueil des arrêts du Cons. d'Et., 1889, p. 687.

Digitized by Google

menter injustement sa dette. Sans contester l'existence de ce principe, le Conseil d'Etat a refusé d'en faire l'application dans le cas suivant. Lors de l'adjudication primitive le cahier des charges permettait à l'adjudicataire de produire soit le certificat du dépôt de son cautionnement, soit une simple promesse de le verser; pour la folle enchère au contraire, l'administration ne laissait plus cette alternative aux futurs entrepreneurs, elle exigeait dans tous les cas le versement du cautionnement. Comme le faisait observer M. le commissaire du gouvernement Marguerie, cette modification avait pu écarter certains entrepreneurs qui auraient peut-être fait un rabais supérieur à celui qui a été obtenu; elle a donc pu causer un préjudice injuste à l'adjudicataire primitif. Le Conseil d'Etat a cependant refusé d'annuler l'adjudication sur folle enchère par ce motif qu'en réalité les conditions du marché n'avaient pas été changées. Il est vrai que l'administration avait écarté les simples promesses de cautionnement; mais comme, d'après l'art. 2 des clauses et conditions générales, il lui appartient d'apprécier si ces promesses sont ou non suffisantes, elle avait le droit de déclarer d'avance qu'elle ne s'en contenterait dans aucun cas; et cette faculté lui étant donnée dans un intérêt public, l'usage qu'elle en fait ne saurait être considéré comme susceptible de devenir l'objet d'une convention; ses décisions à ce sujet ne constituent donc pas une clause du marché et par suite ne s'imposent pas lors de la réadjudication sur folle enchère.

2° Quelle est la situation du fol enchéri, lorsque la réadjudication a abouti à un rabais inférieur à celui qui résultait de l'adjudication primitive? Il est évidemment débiteur vis-à-vis de l'administration de la différence qui existe entre les deux rabais; mais sa dette est-elle actuellement liquide et exigible? Oui, disait le ministre des travaux publics; aussitôt après la régularisation de l'adjudication sur folle enchère, le fol enchéri doit être condamné à payer la différence qui est à sa charge, calculée d'après le montant du détail estimatif.

Ce système a été combattu par le commissaire du gouvernement qui lui reprochait avec raison de transformer une indemnité en une amende. L'administration ne doit pas réaliser de

Digitized by Google

bénéfice par le fait de la folle enchère, elle a droit seulement à la réparation du dommage qu'elle subira, et le dommage ne sera connu que lorsque le travail sera terminé et les comptes réglés. Les quantités indiquées par le détail estimatif ne constituent que des prévisions; ce sont les travaux effectués qui seuls servent de base au règlement de compte, et par suite ce ne peut être que dans la limite de ces travaux que l'administration peut éprouver un préjudice. La dette du fol enchéri ne pourra donc être liquidée qu'après que les comptes auront été définitivement réglés avec le nouvel entrepreneur.

La conclusion est logique; mais elle a l'inconvénient de ne pas protéger efficacement la créance de l'Etat. Si les travaux sont longs à exécuter ou si des questions contentieuses s'élèvent entre l'adjudicataire définitif et l'administration, celle-ci ne pourra de longtemps exercer son action contre le fol enchéri et le recouvrement de sa créance sera par suite fort compromis. Pour échapper à cette conséquence, le Conseil d'Etat a décidé « que l'Etat peut valablement exiger le versement immédiat des sommes dues par le fol enchéri, sauf à celui-ci à faire valoir ultérieurement ses droits, dans le cas où il se croirait fondé à prétendre que, par suite de circonstances spéciales, telles que l'abandon de certains travaux, il se trouve dégagé de tout ou partie de ses obligations... » Il admet par conséquent en théorie le système du ministre; il le modère seulement par l'introduction d'une réserve en faveur du fol enchéri.

Mais l'énonciation de cette réserve n'est-elle pas la réfutation même du système? Si on donne au fol enchéri une action en répétition, ce ne peut être que parce qu'on reconnaît qu'il a payé ce qu'il ne devait pas; donc l'adjudication sur folle enchère n'avait pas fixé sa dette d'une manière certaine. Le Conseil d'Etat, il est vrai, n'affirme pas que le fol enchéri aura le droit d'obtenir un remboursement au cas de non exécution de quelques-uns des travaux prévus par le détail estimatif; l'arrêt ne porte qu'une réserve conditionnelle « dans le cas où il se croirait fondé à prétendre... » Mais le conditionnel n'est là qu'un artifice de langage; il est bien impossible qu'on puisse jamais décider que l'administration aura la faculté de garder une indemnité pour la

Digitized by Google

réparation d'un préjudice qu'elle n'a pas subi. Nous estimons donc, tout en reconnaissant les avantages pratiques de la solution du Conseil d'Etat, que cette solution n'est pas conforme aux principes.

2. L'arrêt du Conseil d'État du 21 mars 1890 [1], rendu à propos des travaux de la ville de Paris, résout quelques questions fort importantes relativement aux clauses et conditions des travaux communaux. Précisons d'abord les faits qui ont donné naissance au procès.

Le Conseil municipal de Paris, par délibération des 31 juillet 1886 et 27 avril 1887, avait fixé les conditions à imposer aux adjudicataires des travaux de la ville. Un salaire uniforme pour chaque catégorie de professions et établi d'après des séries officielles de prix devait être payé aux ouvriers; la journée de travail était limitée à 9 heures avec un jour de repos par semaine. Ces délibérations furent annulées par décret du 17 mars 1888 comme contraires aux dispositions de l'ordonnance du 14 novembre 1837. Le Conseil municipal prit alors le 2 mai 1888 une nouvelle délibération par laquelle il substitua au salaire uniforme un salaire minimum, obligatoire pour les entrepreneurs, et maintint la limitation de la journée de travail, mais en ne l'appliquant qu'au travail sur les chantiers communaux. Sous cette nouvelle forme la délibération ne fut pas annulée et les nouvelles clauses furent inscrites dans l'art. 15 du cahier des charges. Dans le courant de l'année 1888, des travaux ayant été adjugés aux clauses et conditions ci-dessus, les arrêtés de mise en adjudication furent attaqués par les chambres syndicales des entrepreneurs de divers travaux et par des entrepreneurs agissant en leur nom personnel, mais qui n'avaient pas pris part aux adjudications. En outre trois entrepreneurs qui s'étaient présentés aux adjudications en déclarant ne pas accepter l'art. 15 du cahier des charges et qui avaient été exclus pour ce seul motif, attaquèrent les opérations du bureau d'adjudication et les arrêtés du préfet de la Seine approuvant les adjudications. Ces réclamations soulevaient deux grandes questions : 1° Les clauses et conditions indiquées ci-dessus sont-elles illégales et leur insertion dans le cahier des charges entraîne-t-elle la nullité des adju-

[1] *Revue générale d'admin.*, mai 1890, p. 59.

Digitized by Google

dications? — 2° Les requérants ont-ils qualité pour agir et le Conseil d'État a-t-il compétence pour recevoir leur action?

1° Le Conseil d'État admet l'illégalité des clauses contestées parce que ces clauses ne sont que la reproduction de celles qui ont été annulées par le décret du 17 mars 1888 et que l'art. 2 de la loi du 3 décembre 1888 répute non écrite toute clause contraire aux dispositions de ce décret.

On pourrait, il nous semble, répondre que la loi du 3 décembre est une simple acte de tutelle qui ne peut produire d'effet que sur l'opération à propos de laquelle il intervient. Le législateur, en autorisant la ville de Paris à exécuter certains travaux, lui avait imposé des conditions qui ne s'appliquent évidemment qu'aux travaux visés, lesquels n'ont d'ailleurs rien de commun avec ceux qui ont donné naissance aux difficultés que nous examinons. En tout cas la loi du 3 décembre ne saurait être rétroactive et s'appliquer à des marchés déjà conclus au moment de sa promulgation. Observons en dernier lieu, comme nous l'avons indiqué ci-dessus dans l'exposé des faits, que la délibération de 1888 diffère en quelques points de celles qui ont été annulées et c'est précisément à cause de ces différences que le gouvernement n'en a pas prononcé la nullité; le Conseil d'État affirme cependant qu'elle contient la même cause de nullité que les précédentes; il y a évidemment divergence d'appréciation, il aurait donc fallu que le Conseil d'État justifiât sa manière de voir; les motifs qu'il donne sont insuffisants.

M. le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt avait conclu aussi contre la validité des clauses introduites dans le cahier des charges par la délibération de 1888; il invoquait les considérations suivantes. L'ordre public exige que les divers organes de la puissance publique se renferment dans leurs attributions, quelle que soit la forme de leur action; tout empiètement doit être réprimé même s'il se produit sous l'apparence d'un acte de gestion; or il est certain que par ses délibérations relatives aux clauses et conditions des travaux municipaux, le Conseil municipal de Paris avait voulu régler les conditions du travail des adultes, il en avait fait franchement l'aveu; il avait ainsi dépassé les limites de ses attributions et empiété sur celles du législateur.

Digitized by Google

Les conditions qu'il avait insérées à cet effet dans le cahier des charges doivent donc être tenues pour illégales. Si d'ailleurs on les examine en détail, on trouve au moins pour l'une d'elles de nouvelles causes de nullité. L'administration qui exécute un travail public n'est pas en effet dans les mêmes conditions qu'un particulier qui peut imposer aux entrepreneurs toutes les conditions les plus fantaisistes ; le particulier n'administre que sa fortune personnelle, dont il use comme il veut; les administrations publiques gèrent des deniers publics, elles doivent donc s'abstenir des stipulations qui, en gênant les entrepreneurs, auraient pour conséquence forcée d'augmenter la dépense. Or la fixation d'un minimun de salaire pour les ouvriers est évidemment dans ce cas. Cette mesure constitue en outre une violation de l'ordonnance du 14 novembre 1837 qui oblige toute commune à donner avec concurrence et publicité les entreprises pour travaux et fournitures. Il y a donc un triple motif pour n'en pas tenir compte. La question de la limitation de la journée de travail est plus délicate. En elle-même la mesure est acceptable; elle ne soulève pas du moins les mêmes objections que la précédente, car elle ne comporte aucune augmentation de dépense et ne contrevient en rien à l'ordonnance de 1837; son unique conséquence peut être de prolonger les délais d'exécution des travaux. Le seul reproche qu'on puisse faire au Conseil municipal en cette matière est d'avoir lié cette question à celle du salaire et d'avoir empiété sur le domaine législatif en voulant faire une réglementation du travail; cela suffit, il est vrai, pour engendrer la nullité.

Cette argumentation nous laisse bien des doutes. Nous avons tout d'abord de la peine à comprendre le rôle qu'elle fait jouer à l'ordonnance de 1837. Ce règlement oblige les communes à donner leurs entreprises pour travaux et fournitures avec concurrence et publicité; mais cela n'a aucun rapport avec la fixation d'un salaire minimum. Cette fixation, dit-on, est contraire à l'ordonnance parce qu'elle restreint la concurrence; nous ne voyons pas comment. Qu'une pareille mesure puisse augmenter la dépense, c'est possible; qu'elle oblige par suite les entrepreneurs à diminuer leurs offres, soit! mais elle n'écarte personne et laisse tous les concurrents sur un pied d'égalité parfaite. Le

Digitized by Google

reproche qu'on lui fait n'est donc pas mérité. Faudrait-il s'attacher à cette considération que les municipalités doivent s'abstenir des stipulations qui entraîneraient une augmentation de dépense? Nous acceptons la proposition comme un conseil de bon sens et d'économie publique, mais il nous est impossible d'y voir une règle de droit. Obligera-t-on les communes à ne traiter dans tous les cas que dans les conditions qui procurent le meilleur marché possible? Leur sera-t-il défendu de se préoccuper du point de vue artistique ou moral des travaux qu'elles ordonnent sous le prétexte que ces préoccupations peuvent avoir pour résultat une augmentation de dépense? Remarquons, d'ailleurs, que le législateur a pris des précautions pour éviter les prodigalités des autorités municipales ; il exige que leurs projets de dépenses soient approuvés par l'administration supérieure. C'est dans cette approbation que se trouve la garantie que la loi a voulu organiser au profit des contribuables, mais précisément les marchés de la ville de Paris avaient été approuvés avec toutes leurs clauses et conditions par l'autorité compétente ; et ce n'est pas au Conseil d'Etat statuant au contentieux qu'il appartient de se substituer à l'administration active en matière de tutelle administrative. En définitive une seule cause de nullité nous paraît exister, nous croyons, en effet, qu'il résulte des circonstances que le conseil municipal de Paris a voulu faire œuvre législative ; il a donc commis un excès de pouvoir.

2° Vient alors la question de savoir si les réclamants avaient qualité pour agir, et le Conseil d'Etat compétence pour recevoir leur action.

Les chambres syndicales ont assurément qualité pour ester en justice lorsqu'il s'agit de la défense des intérêts commerciaux ou industriels en vue desquels elles ont été constituées ; mais dans l'espèce leur recours n'était dirigé que contre des actes préparatoires, et d'après la jurisprudence constante du Conseil d'Etat ce recours est irrecevable [1].

Le même obstacle s'opposait à la recevabilité de la requête des entrepreneurs qui agisaient en leur nom personnel sans avoir cependant pris part à l'adjudication. Sur ces deux points il ne peut

[1] Laferrière, *Juridict. administr.*, t. II, p. 397.

Digitized by Google

y avoir difficulté et nous approuvons entièrement la décision du Conseil d'Etat rendue sur les conclusions conformes du commissaire du gouvernement.

Mais il y a eu divergence au sujet des entrepreneurs qui s'étaient présentés à l'adjudication et n'avaient été exclus qu'à raison de leur refus d'accepter les clauses de l'art. 15 du cahier des charges. Le commissaire du gouvernement concluait à l'irrécevabilité de leur requête. Ils ne peuvent, disait-il, s'appuyer sur la violation des dispositions de l'ordonnance de 1837, car il est de jurisprudence constante que ces dispositions ayant été établies dans l'intérêt exclusif des finances communales ne peuvent être invoquées que par l'administration. Les entrepreneurs ne pourraient pas se plaindre même si le marché avait eu lieu de gré à gré en l'absence de toute publicité et de toute concurrence; la jurisprudence ne leur reconnaît le droit de réclamer que si, admis à une adjudication, ils n'ont pas tous été, quant aux conditions à remplir, placés sur un pied d'égalité parfaite[1]. Or, dans notre hypothèse l'égalité entre concurrents n'a pas été violée. L'autorité municipale, il est vrai, a commis un excès de pouvoir en voulant créer une réglementation du travail, mais l'appréciation de la légalité de ces décisions n'appartient qu'au gouvernement, qui seul a le droit d'annuler pour incompétence les délibérations du conseil municipal de Paris; cette question ne peut être portée par les particuliers devant la juridiction contentieuse.

Le Conseil d'Etat s'est prononcé en sens contraire, et non seulement il a admis en la forme les recours des soumissionnaires évincés, mais il leur a fait droit au fond. Pour échapper aux objections proposées par le commissaire du gouvernement, il a, dans le dispositif de son arrêt, annulé seulement les arrêtés par lesquels le préfet de la Seine avait approuvé les adjudications, laissant par conséquent subsister ces adjudications elles-mêmes et surtout la délibération du conseil municipal; et il a fondé sa décision, non pas sur la violation de l'ordonnance de 1837, mais sur cette considération que les soumissions des réclamants avaient été illégalement écartées et que le préfet en approuvant cette irrégularité

[1] Cons. d'Et., 10 nov. 1882, 4 mars 1887.

Digitized by Google

avait commis un excès de pouvoir. Nous ne pouvons approuver ce système. D'après l'art. 14 de la loi du 14 avril 1871, c'est le chef de l'Etat qui a le droit de statuer sur la légalité des délibérations du conseil municipal de Paris, et il ne peut appartenir au préfet de la Seine de contrôler l'exercice que son supérieur hiérarchique fait de ce droit. En l'absence d'un décret prononçant la nullité de la délibération du 2 mai 1888, le préfet de la Seine ne pouvait donc que reconnaître l'existence de cette délibération et en appliquer les dispositions ; et par suite il n'a pu commettre un excès de pouvoir en faisant ce qu'il était obligé de faire.

Nous estimons cependant que les adjudications doivent être annulées, mais à la condition d'annuler d'abord et franchement la délibération du conseil municipal. Pourquoi hésiterait-on à le faire, puisque d'une part elle contient un excès de pouvoir et que d'autre part il est incontestable que les réclamants ont un intérêt direct et personnel ? Il est vrai que le gouvernement a le droit de prononcer l'annulation pour incompétence des délibérations du conseil municipal de Paris ; mais l'existence de ce droit est parfaitement compatible avec la faculté reconnue aux particuliers de se pourvoir pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. La première de ces actions a un but politique ; la deuxième est donnée aux individus pour protéger leur intérêts privés ; ce sont deux institutions juridiques distinctes qui peuvent se cumuler. L'art. 88 de la loi du 10 août 1871 consacre expressément le cumul dans un cas particulier ; et il n'y a aucun motif de croire que ce soit là uue décision exceptionnelle. Objectera-t-on, en se plaçant à un autre point de vue, qu'il s'agit ici d'une délibération relative à un acte de gestion et que par suite l'autorité judiciaire est seule compétente ? Nous avons deux réponses à faire : 1° La compétence de l'autorité judiciaire ne peut en tout cas s'étendre qu'aux contrats dont la connaissance au fond lui appartient ; or nous sommes ici en présence d'un marché de travaux public qui, à tous égards, rentre dans le contentieux administratif. — 2° Remarquons en outre que nous parlons de recours pour excès de pouvoir et que nier alors la compétence du Conseil d'Etat c'est nier la possibilité même du recours. Ce serait apporter à la règle générale de l'art. 9

Digitized by Google

de la loi du 24 mai 1872 une restriction que n'autorisent ni le texte ni les principes généraux de la matière.

3. Quelle est la situation juridique de l'administration des chemins de fer de l'Etat? Constitue-t-elle un établissement public, ou bien faut-il voir en elle une personne civile de condition analogue à celle des sociétés commerciales ou industrielles? Dans un arrêt du 29 juin 1889 [1] le Tribunal des conflits a décidé que l'administration des chemins de fer de l'Etat « ne saurait être purement et simplement assimilée à une compagnie concessionnaire; qu'elle ne constitue pas une personne privée...; qu'elle est une administration agissant dans un intérêt exclusivement public, sous l'autorité et conformément aux décisions du ministre. » Le tribunal évite de se servir de la qualification d'établissement public, mais les déclarations que nous venons de transcrire constituent la meilleure définition de ce genre d'établissement. Ces déclarations sont d'ailleurs d'une exactitude incontestable. La loi du 29 décembre 1882 décide en effet que l'administration des chemins de fer de l'Etat a un budget spécial, ce qui montre qu'elle constitue une personne civile; le texte ajoute que ce budget sera rattaché pour ordre au budget général de l'Etat dans les mêmes conditions que les budgets d'autres établissements publics, tels que la Légion d'honneur ou l'Imprimerie nationale, ce qui indique qu'il s'agit d'un service public et non d'un établissement d'intérêt privé. Ce caractère d'établissement public ressort en outre de toutes les dispositions de la matière. Le conseil d'administration est nommé par le Président de la République et agit sous l'autorité du ministre des travaux publics. Les divers agents employés par ce conseil sont considérés comme agents temporaires de l'Etat; des fonctionnaires peuvent être attachés au réseau d'Etat et sont alors traités comme étant en service détaché. Les recettes et les dépenses sont soumises aux règles générales de la comptabilité publique et notamment au contrôle de la Cour des comptes; la procédure de la vérification varie suivant qu'il s'agit des lignes déjà exploitées ou de celles en construction, mais dans tous les cas les dépenses restent en définitive à la charge de l'Etat qui profite des bénéfices s'il y en a, mais qui à l'inverse supporte les déficits aux-

[1] Recueil des arrêts du Cons. d'Et., 1889, p. 771.

Digitized by Google

quels il est pourvu au moyen de prélèvements sur les ressources générales du budget. (Décrets du 25 mai 1878 sur l'organisation administrative et financière des chemins de fer de l'Etat). C'est donc bien là un service d'intérêt public qui fonctionne pour le compte et aux risques de l'Etat. Aussi le tribunal a-t-il conclu avec raison que les travaux de construction ordonnés par ce service sont des travaux publics, et que les contrats relatifs à ces travaux sont de la compétence du conseil de préfecture.

La solution contraire avait été admise par la Cour de Paris qui avait voulu distinguer entre les travaux de superstructure et ceux d'infrastructure; ces derniers seuls auraient eu le caractère de travaux publics, car seuls ils sont laissés dans les attributions de l'administration centrale par les art. 2 et 3 du premier décret du 25 mai 1878. Les autres sont confiés au conseil d'administration des chemins de fer de l'Etat dans les mêmes conditions que l'exploitation des lignes achevées, et comme, en ce qui concerne cette dernière matière, le conseil est certainement justiciable des tribunaux judiciaires, il doit en être de même pour les travaux avec lesquels elle est assimilée. La Cour ajoutait que les chemins de fer de l'Etat constituent une personne civile absolument distincte de l'Etat et que dès lors les traités ou conventions passés par eux, pour tout ce qui concerne leur fonctionnement légal, sont au point de vue de la compétence, comme à tous les autres point de vue, régis par le droit commun.

Nous ne saisissons pas la valeur de ce dernier argument. Les établissements publics ont tous une personnalité civile distincte de celle de l'Etat, on ne nie plus cependant que leurs travaux ne soient des travaux publics. Pour contester ce caractère il faudrait prouver qu'on n'a pas affaire à un service public, mais à une entreprise privée, ce qui bien assurément n'est pas le cas des chemins de fer de l'Etat. On a dit, il est vrai, que quelle que fût la nature propre de l'administration des chemins de fer de l'Etat, la loi avait voulu la considérer et la traiter comme une entreprise privée. Mais l'existence d'une fiction légale si contraire à l'évidente réalité des choses ne peut être admise qu'avec de bonnes preuves à l'appui; ces preuves on ne les fournit pas; et ce ne sont pas assurément les textes que nous avons résumés ci-dessus

Digitized by Google

qui pourraient être invoqués en sa faveur. Quant aux art. 2 et 3 du premier décret du 25 mai 1878, ils n'établissent au point de vue de la compétence aucune assimilation entre les travaux de superstructure et les difficultés relatives à l'exploitation. Ils confient, il est vrai, à un conseil d'administration de neuf membres, nommés par décret, l'exploitation du réseau de l'Etat et l'achèvement des travaux de superstructure, mais ils ne disent pas que cette double mission s'accomplira absolument dans les mêmes conditions. L'art. 3, § 3, dispose au contraire : « Il sera pourvu à l'exécution des travaux de superstructure et des travaux complémentaires de premier établissement par les soins de l'administration du réseau provisoire au moyen des ressources accordées par le ministre des travaux publics et conformément à ces décisions. » Ce texte démontre : 1° que les pouvoirs du conseil d'administration sont plus restreints vis-à-vis des travaux de superstructure qu'en ce qui concerne la direction de l'exploitation; donc les deux matières ne sont pas assimilées entièrement; 2° que la distinction admise par la Cour entre les travaux d'infrastructure et ceux de superstructure n'a pas de raison d'être, puisqu'en somme le ministre a vis-à-vis de chacun d'eux les mêmes attributions.

Allons plus loin. Est-il vraiment certain que toutes les questions relatives à l'exploitation soient du domaine judiciaire? La Cour de cassation a admis l'affirmative à l'occasion d'un marché de fournitures. Des difficultés s'étant élevées au sujet du règlement de comptes entre un fournisseur et l'administration du réseau de l'Etat, celle-ci s'adressa au tribunal de commerce qui rejeta ses prétentions; elle fit alors appel, puis se pourvut en cassation. Par arrêt du 8 juillet 1889 [1] la Cour de cassation confirma la décision des premiers juges, admettant ainsi implicitement la compétence de la juridiction commerciale. Il est vrai que cette compétence n'avait pas été contestée par les parties; mais comme c'était là une question d'ordre public, la Cour de cassation eût assurément annulé d'office l'arrêt de la Cour d'appel si elle avait pensé que l'affaire appartenait au contentieux administratif. Il s'agissait cependant d'un marché de fournitures, et si on avait suivi rigoureusement l'idée que l'administration des chemins de fer de

[1] Dall. 89. 1. 353.

Digitized by Google

l'Etat n'est qu'un service d'Etat, on aurait dû appliquer l'art. 14-2° du décret du 11 juin 1806 qui donne au Conseil d'Etat la connaissance des litiges concernant les marchés de fournitures passés pour le compte de l'Etat.

Pourquoi n'a-t-on pas appliqué cette disposition? L'arrêt ne donne aucun motif; M. le conseiller Féraud-Giraud, dans son rapport, indique ceux qui suivent : 1° L'Etat a constitué son réseau en se substituant à des compagnies privées; cette substitution ne peut changer la situation juridique qui reste avec l'Etat ce qu'elle était avec le concessionnaire primitif; 2° Une des idées générales sur laquelle est fondée l'organisation du réseau de l'Etat est que le Parlement a voulu créer une situation qui pût, suivant les circonstances, durer ou prendre fin immédiatement sans qu'il en résultât aucune perturbation dans le service. Aussi, les décrets de 1878 ont-ils donné à l'administration du réseau de l'Etat une grande autonomie, afin que le jour où on voudrait le céder à une Compagnie privée on puisse le faire sans aucune complication. C'est pour cela qu'il faut maintenir à cette administration le caractère commercial et industriel qui appartient aux compagnies concessionnaires, afin que s'il y a un jour cession à ces compagnies, cela n'entraîne pas une modification de compétence; 3° Enfin, le cahier des charges qui sert de base aux marchés conclus pour le réseau de l'Etat contient une clause portant : « les contestations auxquelles l'exécution du traité pourra donner lieu seront soumises au tribunal de commerce de la Seine, dont les fournisseurs devront accepter la juridiction. Or, conclut M. Féraud-Giraud, comme il n'y a pas de compromis possible en matière de juridiction administrative, ce n'est point par convention que cette détermination a pu avoir lieu, mais comme consécration de la juridiction établie par la loi. »

Ces trois arguments sont loin d'avoir la même valeur. Le premier et le dernier, à notre avis, ne prouvent pas grand chose. D'une part, en effet, il n'est pas démontré que la substitution de l'Etat aux concessionnaires primitifs ne puisse pas pour l'avenir modifier la situation juridique de l'entreprise; tout ce que nous pourrions concéder, c'est que les droits acquis doivent être respectés; mais il n'y a aucune raison de ne pas faire produire à

Digitized by Google

l'intervention de l'Etat ses effets ordinaires, du moment qu'aucun droit n'est lésé. Nous ne pouvons admettre, d'autre part, que le consentement de l'administration soit efficace pour modifier les règles de compétence établies par la loi. Reste le deuxième argument. Nous reconnaissons l'exactitude de l'interprétation qu'il donne de la volonté du législateur; mais la conclusion qu'il en tire est excessive. Le fait que, si l'Etat concédait son réseau à une compagnie privée, la compétence changerait pour les marchés de fournitures, et passerait du Conseil d'Etat au tribunal de commerce, ne nous paraît pas de nature à amener de grandes complications ni à entraver l'Etat dans l'exercice de son droit de concession. Nous estimons donc qu'on peut maintenir la règle ordinaire de compétence sans se mettre en opposition avec les principes qui ont servi de fondement à l'organisation du réseau de l'Etat.

On a invoqué en faveur de l'opinion consacrée par la Cour de cassation un considérant de l'arrêt du Tribunal des conflits. Le tribunal dit en effet : « Considérant que sans doute, en exploitant une ligne, l'administration des Chemins de fer de l'Etat fait acte d'entrepreneur de transports, et qu'à ce titre elle peut, comme les compagnies concessionnaires, être tenue envers les tiers d'obligations qui engagent la responsabilité devant la juridiction de droit commun... » Mais ces mots ne s'appliquent pas aux marchés de fournitures; ils font allusion aux obligations résultant du transport des voyageurs ou des marchandises, et dans cette mesure la proposition qu'ils énoncent est très exacte; elle se justifie quant à l'existence et à l'étendue de la responsabilité de l'Etat par la disposition formelle de l'art. 22 de la loi du 15 juillet 1845, et en ce qui concerne la compétence par la considération que le législateur a voulu, en effet, en organisant le réseau d'Etat, accepter pour ces matières la juridiction commerciale. Mais c'est là une question toute différente de celle que nous avons examinée.

BRÉMOND.

Digitized by Google

DU CHANGEMERT DE NATIONALITÉ DES MINEURS.

(*suite* [1]).

Par M. Audinet, agrégé près la Faculté de droit d'Aix.

§ 2.

EFFETS A L'ÉGARD DE L'ENFANT MINEUR DU CHANGEMENT DE NATIONALITÉ DE SES PARENTS.

Le mineur français est incapable de changer individuellement de nationalité ; le mineur étranger ne peut acquérir individuellement la nationalité française que lorsque cette acquisition est pour lui un droit, mais non lorsqu'elle est une faveur. Supposons maintenant qu'un père de famille étranger devienne français, ou qu'un père de famille français devienne étranger. Les enfants mineurs changeront-ils, en même temps que lui, de nationalité?

A cette question les lois des divers pays donnent deux réponses opposées. Pour les unes, les effets du changement de nationalité sont individuels ; les enfants mineurs gardent donc leur nationalité primitive. — Pour les autres, au contraire, ces effets s'étendent aux enfants mineurs, qui acquièrent de droit la nouvelle nationalité de leur père.

L'hésitation est possible entre ces deux systèmes, qui se recommandent l'un et l'autre de considérations très sérieuses.

En théorie, le premier est certainement le plus exact. Pour que la nationalité du mineur change avec celle de son père, il faut, en effet, admettre ou bien que l'enfant jusqu'à sa majorité n'a pas de nationalité propre, qu'elle est confondue, absorbée, pour ainsi dire, dans celle de son père, ou bien que le père a agi au nom de l'enfant et comme son représentant. Or ces deux explications sont inacceptables. La nationalité de l'enfant déterminée, le plus souvent, à sa naissance par celle de son père, lui appartient en propre ; elle fait partie de son état, dont le père n'a pas la puissance de disposer, et nous avons montré que l'acquisition d'une nationalité ne devrait pas être au nombre des actes que les représentants du mineur accomplissent en son nom.

D'autre part, la naturalisation proprement dite est une faveur

[1] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, nouvelle série, 1891, tome XX, page 27.

Digitized by Google

accordée en connaissance de cause par un Etat. Or le caractère d'une faveur est d'être individuelle. Si le mineur suit nécessairement la condition de son père, il faudra accorder ou refuser la naturalisation à l'un et à l'autre à la fois, bien qu'il y ait peut-être d'excellentes raisons de distinguer entre eux, de l'accorder, par exemple, au père et de la refuser à l'enfant.

En d'autres termes, les effets du changement de nationalité doivent se restreindre au père, parce que s'ils s'étendaient à l'enfant, l'acquisition de la nationalité nouvelle ne respecterait suffisamment ni la liberté du mineur qui l'obtient, ni celle de l'Etat qui l'accorde.

Cependant, il faut le reconnaître, des raisons indiscutables de haute convenance et d'utilité pratique militent en faveur du système opposé. L'unité de nationalité n'existe plus dans la famille, si les enfants conservent leur ancienne patrie, tandis que le père et les enfants nés après la naturalisation en ont une autre. Une cause de division s'introduit au foyer domestique; les membres de la même famille sont appelés au service militaire dans des pays différents et, en cas de guerre, exposés à combattre les uns contre les autres; ils sont soumis à des lois personnelles différentes, ce qui complique leurs rapports juridiques : par exemple, est-ce la loi du père ou celle de l'enfant qui régit l'exercice de la puissance paternelle et préside, le cas échéant, à l'organisation de la tutelle? On devra, sans doute, suivre celle de l'enfant, mais il ne sera pas toujours possible de l'appliquer dans le pays où il réside avec son père et qui n'est pas le sien. La capacité des frères, quand ils se partageront la succession de leur père, sera aussi régie par des lois différentes. Ce ne sont pas là des difficultés insurmontables, mais c'est une cause de gêne, parfois de procès, qu'il vaut beaucoup mieux éviter. D'ailleurs le mineur suit son père dans sa nouvelle patrie, d'ordinaire il continue d'y résider, même après sa majorité, en fait il n'en a pas d'autre; n'est-il pas préférable qu'il en ait aussi, en droit, la nationalité, dans son propre intérêt, parce qu'il pourra jouir de ses avantages, et dans l'intérêt de l'Etat qui pourra lui en imposer les charges?

Il n'est donc pas surprenant qu'un bon nombre de législations

Digitized by Google

étrangères décident que l'enfant mineur doit changer de nationalité en même temps que son père. C'est la règle suivie en Allemagne, en Angleterre, en Autriche et en Hongrie, en Suisse, aux Etats-Unis [1]. Le Code civil italien l'a aussi consacrée, mais avec un tempérament très notable que nous signalerons plus loin [2].

La législation française, au contraire, n'avait pas, jusqu'à la loi du 26 juin 1889, étendu aux enfants mineurs le changement de nationalité de leur père. A la vérité, le Code civil n'en dit rien et, pendant longtemps, les lois sur la naturalisation n'ont pas non plus prévu la question; aussi a-t-elle été discutée; mais, dans le silence de la loi, il fallait attribuer à l'acquisition et à la perte de la nationalité française les effets les plus restreints : c'était la solution admise par la majorité des auteurs et par la jurisprudence [3].

Pour l'acquisition de la nationalité française, la loi du 7 février 1851 (art. 2) avait mis fin à la controverse. Elle permet aux enfants mineurs d'un étranger naturalisé de réclamer, à leur majorité, la qualité de Français : cela suppose qu'ils ne l'avaient pas acquise de plein droit, en même temps que leur père [4].

[1] Weiss, *Traité élementaire de droit international privé* (1re édit.), p. 260 et suiv.

[2] C. civ. italien, art. 10.

[3] V. en particulier de Folleville, *De la naturalisation*, p. 435 et suiv. Cogordan, *La nationalité* (2e édit.), p. 166. Weiss, *op. cit.*, p. 128 et les auteurs cités à la note 1. Despagnet, *Précis de droit international privé*, p. 147. — Cass., 19 août 1874, Dal., 1875, 1. 151. — Grenoble, 16 décembre 1828, Sir. 1829. 2. 23. — Paris, 23 juin 1859, Sir. 1868. 2. 261. — Lyon, 19 mars 1875, Dal. 1877. 2. 66. — Toulouse, 26 janvier 1876, Dal. 1877. 2. 65. — Paris, 4 février 1876, Dal. 1876. 2. 193. — Bordeaux, 24 mai 1878, Dal. 1878. 2. 79. — *Contra* : Fœlix, *Droit international privé*, t. I, p. 104. — Pour le cas particulier de l'annexion à la France de la Savoie et du comté de Nice, il a été jugé plusieurs fois que les mineurs n'avaient pas eu un droit d'option personnel, mais avaient suivi nécessairement la condition de leur père. — Chambéry, 22 décembre 1862, Dal. 1863. 2. 97. — Aix, 17 mai 1865, Sir. 1865. 2. 269 et 2 mai 1888, *Journal du dr. intern. pr.*, 1889, p. 467. Ce dernier arrêt va jusqu'à affirmer que « La législation française « soumet le mineur à l'obligation de suivre la condition de ses père et mère « ou tuteur. » — Cpr. aussi Paris, 13 août 1883, *Journal du dr. intern. pr.*, 1883, p. 626.

[4] Il faut observer que si, dans le cas prévus par l'art. 9 du C. civ., les lois du 25 mars 1849 et du 7 février 1851 (art. 2), l'acquisition de la nationa-

Digitized by Google

Pour la perte de la nationalité française, la loi ne s'était pas prononcée aussi formellement. Cependant, dans plusieurs hypothèses, le doute n'était pas possible. Le père a perdu sa nationalité sans en acquérir une autre, par exemple en acceptant des fonctions publiques ou en prenant du service militaire en pays étranger. L'enfant déjà né reste néanmoins français. S'il cessait de l'être, il se trouverait sans nationalité : situation anormale, qu'on ne doit pas admettre en dehors des termes stricts de la loi. Du reste, il s'agit ici, sinon d'une peine, au moins d'une déchéance, qui, par sa nature, doit rester individuelle. De même les enfants déjà nés d'une femme qui épouse un étranger ne perdront pas la qualité de Français. Si leur mère devient étrangère, c'est pour une raison qui lui est toute personnelle : l'union d'existence que le mariage établit entre elle et son mari. Les enfants n'entrent pas dans la famille du nouveau mari de leur mère; il n'y a donc pas de motif pour qu'ils en acquièrent la nationalité [1].

Il ne pouvait y avoir de difficulté que dans le cas où le père aurait obtenu la naturalisation dans un pays dont la loi en étend les effets à ses enfants mineurs. Ces enfants ont alors acquis une nationalité étrangère; ils n'ont pas cependant perdu la nationalité française : c'est ce que la jurisprudence a constamment décidé [2]. Deux textes fournissent dans ce sens des arguments, fort peu concluants, il est vrai. L'art. 10 du C. civ., qui facilite l'acquisition de la nationalité française à « tout enfant né en pays étran- « ger d'un Français qui aurait perdu sa qualité de Français; » et l'art. 4 du décret du 26 août 1811, d'après lequel « les enfants « d'un Français naturalisé en pays étranger et qui sont nés dans « ce pays sont étrangers. » Ces expressions semblent bien indiquer que les enfants qui sont étrangers, qui ont besoin, par con-

lité française devait rétroagir, comme la jurisprudence l'a toujours décidé, les enfants déjà nés devenaient français en même temps que leur père, ou plutôt étaient réputés nés de parents français.

[1] Avant la loi de 1889, il y avait une autre raison pour décider ainsi : la femme pouvait perdre la nationalité française sans acquérir celle de son mari : ses enfants se seraient alors trouvés n'en plus avoir. D'après la loi nouvelle, la femme française qu'épouse un étranger ne perd sa nationalité que si elle acquiert celle de son mari.

[2] V. les arrêts cités ci-dessus, p. 30, note 3.

Digitized by Google

séquent d'acquérir (le Code disait de recouvrer) la nationalité française sont seulement ceux qui sont nés d'un père déjà naturalisé à l'étranger. Ce qui était plus décisif, c'est que la loi française n'admettait pas que la nationalité du mineur fût inséparable de celle de son père, puisque, très certainement, celui dont le père devenait français restait étranger ; et n'admettait pas non plus, que le père, en qualité de représentant du mineur, changeât sa nationalité : donc, en se faisant naturaliser à l'étranger, le père ne pouvait à aucun titre, faire perdre à l'enfant la qualité de Français.

Ce système, excellent en théorie, offrait en pratique les inconvénients que nous avons signalés.

En vue de les atténuer, la loi du 7 février 1851 donnait aux enfants majeurs ou mineurs dont le père était naturalisé le droit de réclamer pour eux-mêmes la nationalité française. Il fallait, croyons-nous, étendre cette faculté à tous les cas où le père acquiert, d'une façon ou l'autre, cette nationalité, comme la loi du 14 février 1882 l'a fait pour la réintégration ; mais les mineurs n'en bénéficiaient point avant d'avoir atteint leur majorité, puisque c'était seulement à cette époque qu'ils pouvaient faire leur réclamation. La loi récente de 1882 l'avait, dans certains cas, permise pendant la minorité, mais ces exceptions fort restreintes laissaient subsister la règle générale.

Fallait-il respecter la tradition et limiter au père le changement de nationalité ? Fallait-il, au contraire, suivant l'exemple de plusieurs législations étrangères, l'étendre à ses enfants mineurs ? C'est une des plus importantes questions qui aient, dans la préparation de la nouvelle loi appelé l'examen du législateur et l'une de celles qui ont été le plus discutées [1].

La proposition de loi de M. Batbie maintenait l'ancien système en vigueur, sauf sur un point : il déclarait les enfants majeurs ou mineurs dont le père ou la mère veuve recouvrent la nationalité française : « Français de droit, à moins qu'ils ne réclament la « qualité d'étrangers ; les enfants majeurs dans l'année qui suit « la réintégration de leur père, — les enfants mineurs, dans l'an-

[1] Discours de M. le Conseiller d'Etat C. Sée, commissaire du gouvernement. — Sénat, séance du 13 novembre 1886.

Digitized by Google

« née qui suit leur majorité[1]. » Le Conseil d'Etat, dans le projet qu'il avait élaboré, posait, au contraire, en principe que l'enfant mineur doit suivre la nationalité de son père. En conséquence, « deviennent francais les enfants mineurs de 21 ans d'un père ou « d'une mère survivante qui se font naturaliser français[2]. » De même, l'enfant mineur dont le père devenait étranger devait perdre la nationalité française, sous deux conditions, l'une et l'autre très rationnelles : qu'il eût acquis la nouvelle nationalité de son père et qu'il fût domicilié avec lui en pays étranger[3].

Ces dispositions furent présentées au Sénat et même votées par lui en première lecture, mais elles avaient soulevé de vives critiques : on trouvait qu'elles exagéraient les droits de la puissance paternelle[4]. La commission crut devoir les modifier entre les deux délibérations, et le Sénat admit que l'enfant mineur ne deviendrait pas français de plein droit, mais pourrait être, sur la demande de son père, naturalisé avec lui par le même décret. Le texte ne parlait plus du cas où le père français aurait acquis une nationalité étrangère[5]. La Chambre des députés pensa qu'une naturalisation particulière était inutile en ce qui concerne les enfants mineurs : « Il ne pourrait y avoir que des avantages à « déclarer français de plein droit » ceux dont le père ou la mère survivante seraient naturalisés ou réintégrés dans la nationalité française[6]. Le Sénat, enfin, s'est rallié à cette solution, mais avec une modification importante : il réserve aux enfants mineurs le droit de décliner, dans l'année qui suit leur majorité, la qualité de Français.

La loi, hésitant entre les deux systèmes, a donc fini par admettre une transaction dont le Code italien avait déjà donné l'exemple[7]. Elle confère d'office la nationalité française à l'en-

[1] Proposition de loi de M. Batbie, Sénat, Documents parlementaires, 1882, p. 195.

[2] La naturalisation, plus ou moins facilitée, était, dans ce projet, la seule manière d'acquérir la nationalité française.

[3] Projet de loi délibéré par le Conseil d'Etat, Sénat 1884, annexe n° 65.

[4] Sénat, séances du 13 et du 15 novembre 1886.

[5] Sénat, séance du 4 février 1887.

[6] Rapport de M. Antonin Dubost, Chambre, Documents parlementaires, 1887, p. 231, n° 2083.

[7] C. civ. italien, art. 10.

Digitized by Google

fant mineur dont le père l'a acquise, elle ne la lui impose pas. Mais si le père français acquiert une nationalité étrangère, quel en sera l'effet à l'égard du mineur? La loi ici est restée muette : nous aurons à rechercher ce que signifie ce silence. Nous distinguerons donc entre l'acquisition de la nationalité française par un étranger et l'acquisition d'une nationalité étrangère par un français.

A. *Acquisition de la nationalité française.* — « Deviennent français, » dit le nouvel art. 12, § 3 du C. civ., « les enfants « mineurs d'un père ou d'une mère survivante qui se font natu- « raliser français, à moins que, dans l'année qui suivra leur « majorité, ils ne déclinent cette qualité, en se conformant aux « dispositions de l'art. 8, § 3. » Ainsi, ces enfants ont nécessairement, pendant leur minorité, la nationalité de leur père, ils sont régis par les mêmes lois que lui; ils ne sont cependant pas français malgré eux, puisqu'ils ont la faculté de décliner cette qualité à leur majorité.

Cette solution concilie donc heureusement les nécessités pratiques avec les principes théoriques, sauf cependant sur un point. Elle sauvegarde, en effet, la liberté du mineur, mais ne respecte pas assez celle de l'Etat, qui ne peut pas accorder la naturalisation au père, sans l'accorder en même temps à l'enfant. Il eût suffi, pour éviter cet inconvénient, d'admettre que le décret de naturalisation pourrait, par une réserve expresse, en limiter les effets au père. C'est ce qu'ont fait quelques lois étrangères, par exemple celles d'Allemagne et de Suisse; c'est ce qu'avait fait, aussi le Sénat en première lecture. Nous avons dit comment il abandonna ensuite le texte qu'il avait d'abord voté; quand la Chambre des députés le reprit, elle négligea d'y ajouter le correctif dont M. Batbie avait cependant très bien démontré la nécessité [1], et il n'a plus reparu.

Le droit de décliner la nationalité française dans l'année qui suit sa majorité, accordé à l'enfant mineur de l'étranger naturalisé, est soumis aux mêmes conditions que lorsqu'il s'agit d'un enfant né en France et domicilié dans ce pays à sa majorité. Il devra donc prouver, par une attestation en dûe forme de son

[1] Sénat, séance du 13 novembre 1886.

Digitized by Google

gouvernement, qu'il a conservé sa nationalité d'origine, et, s'il y a lieu, qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux dans son pays.

L'abdication de la nationalité française produit un effet rétroactif; elle en efface, même dans le passé, l'acquisition. Le texte de l'art. 12 l'indique suffisamment : « Deviennent français les en-« fants mineurs..... à moins que... ils ne déclinent cette qualité. » Il s'agit là d'une condition résolutoire, qui, une fois accomplie, doit rétroagir : c'est dans ces termes qu'était rédigée la loi du 7 février 1851 (art. 1), et c'est dans ce sens qu'elle a toujours été interprétée. L'intention du législateur est d'ailleurs certaine. Il n'a pas voulu « livrer d'une manière absolue, et sans aucune « espèce de garantie, à la volonté et peut-être au caprice de la « mère ou du père survivant la nationalité de l'enfant mineur. » Il ne faut pas que l'enfant « perde nécessairement, par le fait de son « père ou de sa mère, sa première nationalité » ; on lui donne « la « faculté de conserver sa nationalité d'origine... il n'aura même « pas cessé un seul instant de lui appartenir [1]. » Comment expliquer ces paroles du rapporteur de la loi, si l'abdication n'a d'effets que pour l'avenir? Enfin, le décret du 13 août confirme cette interprétation : il donne à l'enfant de l'étranger naturalisé le droit de renoncer, avant sa majorité, à décliner la qualité de Français : ce qui suppose, pour qu'il y ait intérêt, que sa nationalité est, tant qu'il est mineur, affectée d'une condition. La légalité du décret du 13 août, il est vrai, est, sous ce rapport contestable, mais il a, tout au moins, une valeur doctrinale.

On a cependant soutenu l'opinion contraire. Un commentaire de la loi du 26 juin affirme, comme une chose indiscutable, que l'option pour la nationalité étrangère n'a d'effet que dans l'avenir [2]. On en donne pour raison que l'art. 17-2° range désormais cette option parmi les causes qui font perdre la nationalité française ; mais il faudrait démontrer qu'elles ont toutes les mêmes conséquences et qu'aucune ne rétroagit; or cela ne résulte pas de l'art. 17. Il énumère les causes d'où résulte la perte de la nationalité française, mais il ne parle pas de leurs effets : il

[1] Discours de M. Delsol, rapporteur. Sénat, séance du 6 juin 1889.

[2] Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, n°s 22-23, p. 877.

Digitized by Google

n'oblige donc pas à suivre dans tous les cas une règle uniforme.

La nationalité des enfants d'un étranger naturalisé français restera donc incertaine jusqu'à leur majorité. Aussi, c'est seulement après l'avoir atteinte qu'ils prennent part au tirage au sort [1]. Nous pensons que, s'ils n'excipent pas alors de leur extranéité, ils sont aussitôt déchus du droit de décliner la qualité de Français, mais il est difficile de l'affirmer [2]. L'antinomie que l'inadvertance du législateur à introduite entre la loi militaire et la loi sur la nationalité rend ce point très obscur. C'est aussi en raison de cette incertitude, pour leur permettre de la faire cesser, et surtout d'entrer dans les Ecoles du gouvernement, que le décret du 13 août autorise ces enfants à renoncer, avant leur majorité, au droit d'abdiquer la nationalité française : nous nous sommes déjà expliqué à ce sujet.

Les effets que nous venons d'indiquer ne sont pas seulement ceux de la naturalisation proprement dite.

Ils sont aussi attachés à la réintégration du père ou de la mère survivante dans la qualité de Français (C. civ., N. R. art. 18), sauf une exception inexplicable d'ailleurs, et que nous retrouverons, si la mère était devenue étrangère par son mariage.

Ils se produiront aussi lorsque le père ou la mère survivante réclamera la qualité de Français, conformément aux art. 9 et 10 du C. civ. La loi, il est vrai, ne le dit pas expressément. C'est une lacune regrettable. Mais faut-il, pour cela, croire qu'elle se soit contredite elle-même, en attribuant à cette réclamation d'autres effets qu'à la naturalisation ou à la réintégration? Il y a, il est vrai, une différenee entre les hypothèses sur lesquelles la loi s'est expliquée et celle dont elle ne parle pas. Dans les deux premières, l'acquisition de la nationalité est une faveur; dans la dernière c'est un droit, mais nous ne voyons pas là de raison pour en régler différemment les effets. Il serait même singulier que la concession d'une faveur en eût de plus étendus que l'exercice d'un droit. Enfin, l'art. 12, § 2, parle de l'étranger *naturalisé :* il est permis d'entendre par là celui qui a acquis la qualité

[1] Loi du 15 juillet 1889, art. 11.

[2] Cpr. Despagnet, journal *le Droit*, 19 ocobre 1889. Weiss, *Jour. du dr. intern. pr.*, 1890, p. 5.

Digitized by Google

de Français par un des modes prévus aux art. 8, 9, 10 qui précèdent. Le mot *naturalisation* se prend d'ordinaire dans un sens plus restreint, mais cette signification large est aussi usitée. Le décret du 13 août (art. 5, § 2) a consacré cette interprétation [1].

Nous ne l'étendrons cependant pas au cas où une femme étrangère devient française par son mariage. Les enfants qu'elle aurait déjà resteront étrangers. Nous avons dit précédemment pour quelles raisons le changement de nationalité doit être alors rigoureusement personnel.

C'est là une exception qui résulte de la nature même des choses. Il en est une autre, que la loi admet expressément, mais qu'il est impossible de justifier.

Lorsque la femme, devenue étrangère par son mariage, est réintégrée, après être devenue veuve, « la qualité de Français « peut être accordée par le même décret de réintégration aux « enfants mineurs, sur la demande de la mère, ou par un décret « ultérieur, si la demande en est faite par le tuteur, avec l'ap- « probation du conseil de famille. » (C. civ., art. 19, § 2). Ainsi, les enfants mineurs ne deviennent pas alors français de droit. Une naturalisation expresse est nécessaire; et, si elle leur est accordée, ils n'ont pas le droit d'opter, à leur majorité, pour la nationalité étrangère. C'est une double dérogation à la règle générale. D'après un auteur, l'esprit de cet article serait fort judicieux. « Pour le cas où les enfants, qui portent le nom d'un « étranger, qui ont peut-être des propriétés et des devoirs de « famille à remplir au dehors, pourraient avoir intérêt à rester « étrangers, on permet à la femme de se faire réintégrer seule, « en les laissant dans l'allégeance de l'Etat dont dépendait leur « père [2]. » Mais si l'on se plaçait à ce point de vue, il fallait décider que, dans aucun cas, les enfants mineurs n'acquerraient la nationalité de leur mère survivante. Or, si la mère, étrangère d'origine, se fait naturaliser française, si même elle est réintégrée dans cette nationalité, après l'avoir perdue autrement que par son mariage, ses enfants deviennent avec elle français de plein droit; pourquoi donc en est-il autrement, dans

[1] *Contra*, Vincent, *Lois nouvelles*, 1889, nos 22-23, p. 880 à 884.

[2] Cogordan, *La nationalité*, p. 311.

Digitized by Google

le cas unique où elle aurait épousé un étranger? Un sénateur, dans la dernière délibération, signala cette contradiction. Le rapporteur promit une explication, mais ne la donna pas. Au contraire, il fit ressortir mieux que personne combien cette anomalie était injustifiable : « Une femme, dit-il, était française; « elle a épousé un étranger, elle devient veuve. Elle veut ren- « trer dans sa patrie d'origine ; elle forme une demande : elle « est réintégrée dans sa qualité de Française. Il est tout naturel « de supposer dans ce cas, comme dans le cas où ce serait le « père qui redeviendrait français, que les enfants mineurs vont « suivre la nationalité de leur mère ainsi réintégrée. Ils ne peu- « vent éprouver aucun dommage, car le droit d'option qu'ils ont « à l'époque de leur majorité constitue pour eux une garantie « absolue. » Or, dans cette hypothèse où, plus que dans toute autre, il est naturel que les mineurs suivent la nationalité de leur mère, où le rapporteur même de la loi ne met pas en doute qu'elle leur appartienne de plein droit, la loi précisément ne la leur donne pas. En présence de cet aveu involontaire, il est inutile de chercher une raison à la règle de l'art. 19. C'est un vestige, conservé par mégarde, du système général que le Séna avait d'abord adopté et qui a été ensuite remplacé par un autre.

L'art. 19 n'est pas seulement en contradiction avec l'ensemble de la loi ; il n'est pas même très bien d'accord avec lui-même. La nationalité française est conférée au mineur, soit par le décret de réintégration, soit par un décret subséquent. Dans le premier cas, la demande est faite par la mère, sans que l'intervention du conseil de famille soit nécessaire ; dans le second, elle est faite par le tuteur, avec l'approbation du conseil de famille. Donc, si la mère n'est pas tutrice, elle ne peut faire la demande; si elle est tutrice, l'autorisation du conseil de famille lui est indispensable. On ne voit pas pourquoi les pouvoirs de la mère sont alors plus restreints qu'au moment même de sa réintégration.

B. *Acquisition d'une nationalité étrangère.* — Si un étranger acquiert la nationalité française, ses enfants mineurs l'acquièrent avec lui, sauf le droit d'option qui leur appartient à leur majorité; si, au contraire, un Français perd sa nationalité, quel sera le sort de ses enfants mineurs? Aujourd'hui, comme sous l'em-

Digitized by Google

pire de la législation antérieure, certaines hypothèses ne peuvent faire de difficulté. Le père prend du service militaire, ou, malgré l'injonction qui lui est faite, conserve des fonctions publiques à l'étranger; la mère veuve épouse un étranger : les enfants resteront certainement français, nous en avons dit les raisons.

Mais que décider si le père acquiert, par la naturalisation ou, sur sa demande, par l'effet de la loi, une nationalité étrangère ? Parfois la loi étrangère n'aura pas compris les enfants mineurs dans la naturalisation de leur père; alors, sans nul doute, ils conserveront la nationalité française : s'il en était autrement, ils n'en auraient plus aucune. Mais souvent aussi les enfants mineurs, d'après la loi du pays où la naturalisation est obtenue, acquièrent la nouvelle nationalité de leur père; perdent-ils alors la nationalité française?

Lorsque, dans la préparation de la loi, on songea à étendre aux mineurs le changement de nationalité de leur père, on appliqua la même règle, soit qu'un étranger acquît la nationalité française, soit qu'un Français acquît une nationalité étrangère. L'art. 17 *in fine*, tel que le Sénat l'avait voté en première lecture disait : « La perte de la qualité de Français... s'étend aux « enfants mineurs, à la double condition qu'ils ne résident pas « en France et que la nationalité nouvelle leur soit acquise par « le fait de la naturalisation à l'étranger de leur père [1]. » Il est même à remarquer que le Conseil d'Etat, en proposant cette innovation, avait insisté principalement sur la nécessité d'étendre aux enfants mineurs les effets de l'acquisition d'une nationalité étrangère et de prévenir ainsi les conflits entre la loi française et celle des autres pays, qui, pour la plupart, attribuent à l'enfant mineur du naturalisé la nationalité de son père [2]. Nous avons vu comment ce système, abandonné, puis repris, finit par triompher, mais la loi, dans sa rédaction définitive, ne l'applique expressément qu'à l'acquisition de la nationalité française. (C. civ. art. 12 et 18). L'art. 17 mentionne l'acquisition d'une nationalité étrangère au premier rang des causes qui font perdre la qualité

[1] Sénat, séance du 15 novembre 1886.

[2] Rapport de M. le conseiller d'Etat C. Sée. Documents parlementaires du Sénat, 1884, Annexe au rapport de M. Batbie, p. 213.

Digitized by Google

de Français, mais sans dire quels en seront les effets à l'égard des enfants mineurs. Faut-il croire qu'elle n'en produira aucun? Faut-il, au contraire, voir dans les art. 12 et 18, l'énoncé d'une règle générale, qui s'appliquerait à l'acquisition d'une nationalité étrangère comme de la nationalité française?

Cette dernière solution serait évidemment la plus logique. On comprend, en effet, qu'on restreigne au père le changement de nationalité. On comprend aussi qu'on l'étende à ses enfants mineurs: on peut invoquer de bonnes raisons dans les deux sens; mais on ne comprend pas que l'on distingue entre l'acquisition et la perte de la qualité de Français. On veut maintenir l'unité dans la famille; mais elle est rompue, si le père seul devient étranger, tandis que les enfants restent français, aussi bien que si le père devenait seul français. Il y a même une raison de plus pour admettre que les enfants mineurs, naturalisés à l'étranger en même temps que leur père, doivent perdre la nationalité française, c'est que, s'ils la conservaient, ils en auraient deux à la fois. D'ailleurs, les raisons d'où l'on concluait que la perte de la nationalité française est individuelle n'existent plus. Il est impossible de soutenir que, d'après nos lois, la nationalité du père et celle de l'enfant sont indépendantes l'une de l'autre, ou que la représentation du mineur n'est pas possible en cette matière, alors que les art. 12 et 18 (N. R.) décident précisément le contraire pour l'acquisition de la nationalité française. La loi devrait donc s'interpréter en ce sens: les enfants mineurs qui auront acquis, en même temps que leur père, une nationalité étrangère, perdent la qualité de Français, mais auront le droit de la réclamer à leur majorité: jusque-là, ils seront étrangers, sous conditions résolutoire.

Cette opinion, qui a trouvé dans la doctrine un défenseur autorisé [1], serait exacte, si, pour interpréter la loi, nous pouvions faire abstraction de ses précédents, mais nous n'avons pas ce droit.

Les rédacteurs de la loi nouvelle ont pris comme point de départ la législation antérieure, soit pour la conserver, soit pour la modifier. Dans notre matière, ils ont reconnu plus d'une fois

[1] Cohendy, journal *le Droit*, 3 novembre 1889.

Digitized by Google

que, d'après le C. civ., la perte de la nationalité française n'avait que des effets individuels. Quand même rien ne nous indiquerait la signification de leur silence, nous devrions plutôt en conclure qu'ils n'ont pas entendu innover. Mais leur attention avait été attirée, d'une façon toute spéciale sur ce point. Le Sénat avait d'abord décidé que l'acquisition par le père d'une nationalité nouvelle, française ou étrangère, s'étendrait de plein droit aux enfants mineurs. De vives critiques furent dirigées contre ce système, principalement contre son application à la perte de la nationalité française. Pour y faire droit, on abandonna la règle nouvellement adoptée; on se contenta de faciliter l'acquisition de la qualité de Français aux enfants, majeurs ou mineurs de l'étranger naturalisé, mais on ne parla plus de ceux dont le père acquiert une nationalité étrangère : on ne voulut donc pas changer, à leur égard, les principes jusqu'alors en vigueur. La Chambre modifie le texte du Sénat en étendant aux enfants mineurs l'acquisition de la nationalité française; elle le conserve, au contraire, pour l'acquisition d'une nationalité étrangère, qu'elle mentionne sans parler des mineurs, sans manifester, par conséquent, l'intention de les y comprendre. Enfin la question est expressément posée au Sénat: « Comment voulez-vous, disait M. Léon Clément, « que nous refusions d'appliquer contre nous une législation « que nous aurons faite ? Il n'est pas possible que nous préten- « dions traiter d'une façon la femme et ses enfants d'origine « étrangère qui sont devenus français et traiter différemment la « femme et ses enfants d'origine française qui sont devenus « étrangers... la réciprocité s'impose. »

Le rapporteur, M. Delsol, répondit :

« Les enfants ne suivront nullement la nationalité de la mère, « car le changement de nationalité de leur mère n'est pas un fait « qui puisse leur faire perdre la qualité de Français. La mère re- « deviendra belge ou italienne; ils resteront français. C'est là « une règle constante de notre droit civil. »

Il est vrai qu'il ajouta immédiatement :

« Je suppose que la loi étrangère soit conforme à la nôtre... « Quelle sera la conséquence? C'est que l'enfant mineur sera « présumé suivre la nationalité de sa mère devenue étrangère.

Digitized by Google

« Mais la loi étrangère étant supposée conforme à la nôtre, cet « enfant ne suivra la nationalité de sa mère que sous le bénéfice « de son droit d'option, et à l'époque de sa majorité il n'aura « qu'à revendiquer la nationalité française pour rester français. « Cet enfant restera français, et, s'il porte un nom illustre, ce « nom continuera d'appartenir à la France; il n'aura même pas « cessé un seul instant de lui appartenir... La réciprocité ne « s'impose que si cela résulte de la loi étrangère ; nous ne pou- « vons pas l'empêcher [1]. »

Ainsi, dans ce cas au moins, les enfants mineurs pourraient perdre la nationalité française; mais il y a là, croyons-nous, une erreur. Il résulterait d'abord de cette déclaration que le sort des mineurs français, dont les parents changent de nationalité, dépend uniquement de la loi étrangère. Si elle est entièrement conforme à la nôtre, si elle réserve aux mineurs un droit d'option à leur majorité, ils deviendront conditionnellement étrangers. Or la loi française ne peut ainsi abdiquer devant la loi étrangère. Les mineurs auront bien acquis, sous condition, une nationalité étrangère, mais la loi française seule, peut décider s'ils ont perdu la nationalité française, et c'est précisément ce qu'elle ne dit pas.

En outre, le rapporteur suppose que les mineurs pourraient, à leur majorité, réclamer et recouvrer rétrocativement la qualité de français. Mais la loi n'a prévu nulle part cette sorte de réintégration, qui différerait essentiellement de celle dont parle l'art. 18 et du droit de réclamer la qualité de Français que l'art. 10 accorde a l'enfant dont un des auteurs l'a perdue, parce qu'elle aurait un effet rétroactif. Ici encore, ces paroles s'appliquent au texte de la loi tel qu'il aurait pu ou même tel qu'il aurait dû être, mais nous ne pouvons l'interpréter que tel qu'il est.

Les enfants mineurs dont le père ou la mère survivante acquièrent une nationalité étrangère et qui l'ont acquise avec eux ne perdent donc pas la qualité de Français.

Le traité conclu avec la Suisse le 23 juillet 1879 apporte, dans nos rapports avec cet Etat un tempérament à cette règle. Art. 1 :

[1] Sénat, séance du 6 juin 1889. La discussion porta uniquement sur le cas où la mère survivante serait devenue étrangère ; l'argumentation serait la même si c'était le père.

Digitized by Google

« Les individus dont les parents, français d'origine, se font natu-
« raliser suisses, et qui sont mineurs au moment de cette natura-
« lisation, auront le droit de choisir, dans le cours de leur vingt-
« deuxième année entre les deux nationalités française et suisse.
« Ils seront considérés comme français, jusqu'au moment où ils
« auront opté pour la nationalité suisse. » Ce n'est pas là, du reste, une exception au principe d'après lequel les enfants mineurs ne suivent pas la condition de leur père naturalisé à l'étranger, mais une facilité particulière pour abdiquer la nationalité française. De plus (art. 3) : « Les enfants à qui est conféré ce
« droit d'option ne seront pas astreints au service militaire en
« France avant d'avoir accompli leur vingt-deuxième année. »

En résumé, jusqu'à la loi du 26 juin 1889, le mineur, sauf de très rares exceptions, était entièrement incapable de changer de nationalité, soit seul, soit en même temps que ses parents. Il conservait forcément, jusqu'à sa majorité, celle qu'il tenait de sa naissance. Aujourd'hui le mineur peut acquérir la nationalité française individuellement, lorsque cette acquisition est pour lui un droit et, dans tous les cas, lorsque ses parents l'acquièrent eux-mêmes. Au contraire, il reste toujours incapable de la perdre, soit individuellement, soit lorsque ses parents acquièrent une nationalité étrangère. Il est inutile d'insister pour montrer combien cette distinction est, en théorie, peu satisfaisante. En particulier, c'est une véritable incohérence d'attribuer, à l'égard des enfants mineurs, des effets différents à l'acquisition de la nationalité française et à celle d'une nationalité étrangère. Il est vrai que, dans la rédaction définitive de la loi, le législateur n'a guère cherché à observer une exactitude doctrinale rigoureuse, ou à éviter le conflits avec les législations étrangères. Le besoin d'augmenter le nombre des Français, en ouvrant largement les portes de la France aux étrangers, a prévalu à ses yeux sur toute autre considération. Voilà pourquoi il permet souvent aux mineurs d'acquérir la nationalité française, mais il ne leur permet jamais de la perdre. Assurément, le désir de faire régner l'harmonie dans la loi ne devait pas l'emporter sur l'intérêt de la France, mais cet intérêt était-il assez certain pour commander, ou seulement pour excuser une si flagrante contradiction?

Digitized by Google

La France a un avantage certain à s'assimiler les étrangers qui sont établis chez elle ou à empêcher les expatriations qui n'auraient d'autre but que d'éviter le service militaire; elle n'en a pas à imposer sa nationalité à des mineurs qui en ont acquis une autre, soit parce qu'ils sont nés et établis en pays étranger, soit surtout parce que leurs parents y ont été naturalisés et qu'ils les ont suivis. Dans ce dernier cas surtout, la fraude n'est guère à craindre. Il n'est pas probable qu'une famille ait, en vue de la préparer, changé toute entière de nationalité. Les enfants, devenus étrangers, seront appelés sous les drapeaux dans leur nouvelle patrie en même temps qu'en France; ils répondront d'ordinaire à cet appel dans le pays de leur père, qui est devenu le leur, et ne voudront pas, en servant en France, s'exiler loin de leur famille et de leurs intérêts, ou s'exposer, s'ils les rejoignent, aux peines les plus graves. D'un autre côté, s'ils ne servent pas en France, ils sont réfractaires et ne peuvent reparaître dans ce pays sans encourir les sévérités de la loi. C'est là pour eux une grande gêne; c'est une cause de conflit avec les Etats étrangers, sans que la France en tire aucun profit et y gagne aucun soldat.

Il fallait décider que, lorsque les mineurs auraient acquis en même temps que leurs parents, une nationalité étrangère, ils perdraient la nationalité française, en leur réservant le droit de la recouvrer rétroactivement à leur majorité. Il fallait même décider que les mineurs pourraient perdre la nationalité française dans les mêmes cas où les mineurs étrangers ont le droit de l'acquérir. La loi aurait eu ainsi l'exactitude juridique qui lui fait défaut; et elle aurait prévenu des conflits toujours nuisibles à l'intérêt des particuliers, aussi bien qu'à l'intérêt général.

EUGÈNE AUDINET.

DU CONTRAT D'ASSURANCE SUR LA VIE AU PROFIT DE BÉNÉFICIAIRES INDÉTERMINÉS,

Par M. M. DESLANDRES, docteur en droit.

1-6. — Les deux catégories de *bénéficiaires* dans les assurances-vie: *déterminés* et *indéterminés*. Différence fondamentale, au point de vue de leurs droits, faite entre eux par la Jurisprudence et la Doctrine. Théorie contraire.

I. 6-9. — L'assuré *veut* conférer un *droit propre* aux bénéficiaires in-

Digitized by Google

déterminés aussi bien qu'aux bénéficiaires déterminés de l'assurance.

II. L'assurance au profit de bénéficiaires indéterminés *peut* leur conférer un *droit propre*. — 9-20. Théorie opposée de la jurisprudence, fondée sur le mécanisme de la stipulation pour autrui. — Réfutation. — 20-30. Arguments contraires tirés de l'impossibilité de concilier l'acceptation après le décès de l'assuré avec le *droit propre* des bénéficiaires. — M. Labbé. — Réfutation.

1. Lorsqu'un individu contracte une assurance sur la vie, il a presque toujours en vue une ou plusieurs personnes auxquelles il veut procurer pour le jour de son décès le bénéfice de ce contrat de prévoyance. C'est son affection pour elles, qui lui fait accepter les lourds sacrifices de cette dispendieuse opération.

Une clause des polices d'assurance, dite « *clause attributive* », contient la désignation des personnes auxquelles il veut assurer l'indemnité stipulée de la compagnie, ce sont « *les bénéficiaires de l'assurance* ».

Quel est l'effet juridique de cette indication des bénéficiaires dans les polices d'assurance ?

La jurisprudence et la majorité des auteurs répondent différemment suivant une distinction classique en cette matière.

Les bénéficiaires sont-ils *déterminés*, c'est-à-dire des personnes actuellement existantes et désignées dans le contrat d'une manière précise, comme si je stipule en ces termes : « L'indemnité sera payée à mes fils Pierre et Paul, » ceux-ci existant déjà ? — On leur reconnaît ce que l'on nomme un *droit propre* et l'on entend par là un droit qu'ils tiennent directement du contrat, qu'ils peuvent exercer sans invoquer leur qualité d'héritiers, parce que la créance d'indemnité, fixée dès le début sur leurs têtes, ne se trouve pas à la mort de l'assuré dans son patrimoine.

Les bénéficiaires sont-ils au contraire *indéterminés*, c'est-à-dire des personnes, pour la totalité ou pour partie, non encore actuellement existantes, ou désignées seulement par une formule générale ; comme si j'ai dit : « L'indemnité sera payée à mes enfants, ou à mes héritiers » ; cette clause désignant mes enfants nés et à naître, mes héritiers qui existeront au jour de mon décès ? — on n'admet plus à leur profit de droit propre. Le contrat n'est plus réputé leur conférer un droit immédiat, la créance d'indemnité tombe dans le patrimoine de l'assuré. Les bé-

Digitized by Google

néficiaires ne peuvent s'en saisir que *par droit successoral*.

2. C'est cette distinction que je voudrais combattre [1]. Pour moi, déterminés ou indéterminés, les bénéficiaires désignés dans la police ont un droit propre, qu'ils tiennent du contrat d'assurance.

3. On sait les avantages attachés à la reconnaissance du droit propre au profit des bénéficiaires, je les rappelle brièvement. Ma tâche n'est pas de montrer l'importance de ce débat.

Est-ce du contrat lui-même que les bénéficiaires tiennent leur droit à l'indemnité? 1° Les créanciers de l'assuré ne peuvent pas saisir à son décès un capital qui n'est pas dans sa succession.

2° Si l'assuré est un conjoint marié en communauté, son conjoint survivant ne peut pas contre ces bénéficiaires prétendre que ce capital est actif commun, sujet au partage, il n'a pas été acquis par le conjoint prédécédé.

3° Enfin ces bénéficiaires, pour prendre l'indemnité, ne sont pas obligés de se porter héritiers, d'accepter la succession, elle se trouve en dehors de celle-ci; par suite, s'ils sont d'autre part donataires du défunt, ils en jouissent sans être tenus au rapport de la libéralité qu'ils ont pu recevoir.

Ce sont là les principaux avantages, dont je voudrais voir profiter les bénéficiaires indéterminés à l'égal des autres. Le premier surtout : cette mise de l'indemnité à l'abri des atteintes des créanciers de l'assuré, est considérable. L'assurance permet ainsi de constituer pour la famille un patrimoine de réserve échappant aux vicissitudes du patrimoine de son chef. Elle obtient, comme institution de prévoyance, toute l'efficacité possible.

4. Mais je ne me dissimule pas les résistances que cette doctrine peut rencontrer. Si j'examine la jurisprudence, je vois les cours et les tribunaux, d'abord favorables aux bénéficiaires indéterminés, adopter à la suite de la Cour suprême après une longue lutte, une solution qui leur est tout à fait contraire [2].

[1] J'ai soutenu l'opinion généralement admise dans mon livre : « *De l'assurance sur la vie; Les droits des bénéficiaires, des cessionnaires et des créanciers.* » 1889. Cette étude est la rectification d'un des chapitres de cet ouvrage.

[2] Appartiennent à la première période de cette évolution les arrêts et juge-

Digitized by Google

Et du côté de la doctrine je ne rencontre pas non plus beaucoup d'encouragement. L'annotateur du *Journal des Assurances* ne dit-il pas, après avoir relaté le jugement du tribunal de la Seine du 4 novembre 1889, le dernier qui ait refusé le droit propre aux bénéficiaires indéterminés : « tous les auteurs sont d'accord sur ce point, ceux-là même qui ont présenté les solutions les plus libérales en matières d'assurances sur la vie, reconnaissent que pour rendre efficace l'assurance au profit des enfants à naître une loi nouvelle est indispensable : » *J. des ass.* 1890, p. 10, — L'auteur de la note commet pourtant un oubli. En 1889 notre savant maître M. Boistel a, en effet, étudié de nouveau cette matière, toujours à l'ordre du jour, de l'assurance sur la vie[1]. Il a présenté une analyse nouvelle de l'opération juridique. Une des conséquences de son système serait justement la reconnaissance du droit propre au profit des bénéficiaires indéterminés.

Il a ainsi rouvert le débat, c'est à sa suite que je m'y hasarde. Heureux, si je puis fournir quelques arguments juridiques en faveur d'une solution que presque tout le monde semble désirer, pour laquelle on demande l'intervention du législateur, renonçant

ments de : Caen, 11 janv. 1863, Bonneville de Marsangy, 2. 262; Colmar, 27 fév. 1865, D. P. 1865. 2. 93; Bruxelles, 2 août 1866, Bonneville de Marsangy, 2. 321 ; Paris, 5 avril 1867, D. 1867. 2. 221 ; Besançon, 23 juill. 1872, *J. des assurances*. 1872. 461, qui reconnaissent le droit propre des bénéficiaires indéterminés. La seconde période de lutte entre la Cour suprême et les juridictions inférieures nous offre de nombreuses décisions judiciaires. Cour de cassation, 7 février 1872, *J. ass.*, 1872. 303 ; 15 décembre 1873, *J. ass.* 1874. 371 ; 7 février 1877, S. 1877. 1. 393 ; 10 février 1880, *J. ass.* 1880. 257 ; tous arrêts contraires aux bénéficiaires indéterminés. — Besançon, 23 juill. 1872, *J. ass.* 1872. 461 ; Beauvais, 6 mai 1873, D. 1875. 2. 11 ; Trib. Dijon, 5 mai 1875, *J. ass.* 1876. 116; Cour de Dijon, 4 août 1875, *J. ass.* 1876. 146; Rouen, 27 juill. 1875, D. 1876. 2. 182; Caen, 14 mars 1876, D. 1877. 2. 131 ; jugements et arrêts favorables. Depuis, la jurisprudence constante décourage les efforts des bénéficiaires, les décisions se raréfient. Nimes, 25 fév. 1880, *J. ass.* 1880. 186; Lunéville, 20 mars 1881, D. 1885. 1. 150; Nancy, 25 fév. 1882, D. *eod. loco*, Cass. 2 juill. 1884, *J. ass.* 1884. 359; Périgueux, 30 déc. 1887, *J. ass.* 1888, 139; Seine, 4 nov. 1889, *J. ass.* 90. 10.]

[1] D. 1889. 2. 129.

Digitized by Google

à trouver la possibilité de la concilier avec les principes de notre droit actuel[1].

5. Quelles objections a-t-on donc formées contre elle? Il en est de deux sortes. Certains auteurs[2] en présence de ces formules : « L'indemnité sera payée à mes enfants nés et à naître », « ..... à mes héritiers » etc., contestent la volonté de la part de l'assuré, rédacteur de ces clauses, de faire naître un droit propre au profit des bénéficiaires indiqués dans cette forme incertaine. Grossir son patrimoine, c'est tout ce qu'il a voulu faire; il a désigné simplement ceux qui doivent le recueillir.

Le plus grand nombre, admettant l'intention chez l'assuré de conférer aux bénéficiaires un droit indépendant de sa succession, nient la possibilité juridique d'atteindre ce résultat au profit de personnes incertaines.

Question de volonté, question de pouvoir; voilà les deux points du débat, je les examine successivement.

I.

6. Interpréter les termes des contrats, c'est l'œuvre des tribunaux, non celle des auteurs. Les circonstances, les faits particuliers dans chaque hypothèse spéciale éclairent, en effet, la conscience du juge. C'est à leur lumière qu'il doit, sous la rédaction des actes qui lui sont soumis, rechercher l'intention des parties contractantes. Dire d'une façon générale la volonté qu'implique tel mot ambigu dans la pensée de ceux qui l'ont employé, ou qui pourront s'en servir, me semble une prétention sans fondement. Aussi, en principe, je laisse aux tribunaux le soin de décider dans chaque espèce si la clause attributive au profit de bénéficiaires indéterminés révèle le désir ou non de créer à leur profit un droit propre.

Pouvoir absolu d'interprétation pour le juge, c'est donc ma première proposition, relativement à la question de volonté.

7. Mais aussi, et c'est le second principe que je veux établir,

[1] Labbé, S. 85. 1. 5; Thaller, *Annales du droit commercial*, 1888, p. 100; Flurer, *Rev. crit.* 1889. 328.

[2] Herbault, *Traité des assurances sur la vie*, p. 207; Dujarrier, *De l'assurance en cas de décès*, p. 59-60.

Digitized by Google

présomption en cas de doute en faveur des bénéficiaires indéterminés.

Droit propre des bénéficiaires ou absence de droit propre; l'intérêt de la question c'est surtout, je l'ai dit, de soustraire ou d'abandonner aux poursuites des créanciers l'indemnité d'assurance. Dire que l'assuré n'a pas voulu créer ce droit au profit des bénéficiaires qu'il a indiqués, c'est dire qu'il leur a préféré ses créanciers. Eh! bien, que l'on prenne les polices où la volonté des contractants apparaît d'une manière manifeste, que l'on recherche celles où la pensée de garantir des créanciers apparaît dans l'esprit des assurés en prévision de leur mort; c'est l'infime minorité. Le sentiment du devoir de protection vis-à-vis des siens dépassant la durée de la vie, la crainte de les laisser sans ressources; voilà l'idée inspiratrice de presque tous les contrats d'assurance. Par suite, si de la formule employée un doute peut naître, pourquoi ne pas suivre cette indication et ne pas supposer la volonté la plus commune, celle de protéger les siens non ses créanciers? Dans l'incertitude ce n'est pas à l'exception, c'est à la règle qu'il faut se reporter.

8. Puisqu'il s'agit d'interpréter un acte, il est, d'ailleurs, une règle d'interprétation bien connue; le bon sens l'indique aussi bien que la loi : c'est que dans les contrats il faut interpréter les termes employés dans le sens qui leur donne une portée pratique. Or à quoi sert l'indication « des héritiers », « des enfants » comme bénéficiaires, si malgré elle, l'indemnité tombe dans la succession de l'assuré aussi bien que s'il avait gardé le silence? La pratique, du reste, a ses formules pour ceux qui veulent seulement grossir leur héritage par l'assurance[1].

Mais, dit-on, ces clauses des polices sont bien vagues pour révéler une volonté aussi énergique que celle de créer un droit propre. — Faites attention, très souvent celui qui s'assure ne peut pas se servir de termes plus précis. Je m'assure, je suis pour l'instant le soutien de mes parents, je n'ai pas encore d'enfants. Je me dois à eux seuls, mais je puis avoir plus tard des enfants, qui pren-

[1] Dans le Manuel de M. Dubois : *Du bénéfice de l'assurance sur la vie*, je trouve ces formules indiquées : « l'indemnité sera payée à ma succession », « à mes ayants-cause », « à qui de droit ».

Digitized by Google

dront leur place dans ma sollicitude et je prévois cet événement, comment ferai-je pour donner à ceux que je laisserai un droit aussi sûr que possible? J'aurai garde de stipuler au profit « de mes père et mère », au moment où la mort viendra me surprendre je puis avoir des enfants et les leur préférer. Force m'est d'indiquer pour bénéficiaires « mes héritiers ».

Ainsi les formules vagues peuvent s'imposer aux assurés qui veulent le plus énergiquement constituer un droit propre au profit de leurs bénéficiaires. On ne peut pas conclure du défaut de précision de la clause au manque d'énergie de la volonté.

Donc présomption en faveur du droit propre des bénéficiaires indéterminés fondée sur la volonté ordinaire qui anime les assurés, sur la nécessité en logique de donner une portée aux termes employés par les contractants, sur l'impossibilité fréquente pour eux de se servir de clauses plus précises, et puis pouvoir pour les juges de chercher dans les circonstances des causes soumises à leur appréciation si cette présomption est inadmissible, telle est ma solution sur la question de volonté.

II.

9. Les juges ont résolu cette question en une hypothèse donnée en faveur du droit propre des bénéficiaires. Pas de doute que l'assuré n'ait voulu constituer un tel droit à leur profit, l'a-t-il pu? je le crois, mais c'est ici que je me heurte aux plus grosses difficultés. J'aborde de suite l'objection formulée par la Cour suprême et qui est l'unique fondement de ses décisions.

La formule en est brève : « l'article 1121 ne peut pas s'appliquer au cas où la stipulation pour autrui a été faite au profit de bénéficiaires indéterminés. » On sait que la jurisprudence voit dans l'acte juridique de l'assurance sur la vie une stipulation pour autrui.

Les documents judiciaires ne nous donnent pas plus d'explications. Mais il est facile de développer la théorie renfermée dans ces quelques mots.

La stipulation pour autrui a un effet particulier. Elle place de suite dans le patrimoine du tiers au profit duquel elle est faite, le droit stipulé en sa faveur. C'est pour cela qu'il y a un droit que

Digitized by Google

l'on peut dire propre ou direct, c'est-à-dire indépendant de la fortune du stipulant, celui-ci n'en est jamais à aucun moment titulaire. Dès lors il faut, de toute nécessité, que la stipulation soit faite au profit de personnes capables actuellement d'acquérir un droit. Autrement le droit stipulé tombe dans le patrimoine du stipulant. Il n'y a plus stipulation pour autrui valable, quand il n'y a pas désignation de tiers capables d'acquérir. Or les personnes incertaines, non encore existantes, sont incapables et voilà pourquoi la stipulation faite en leur faveur est inefficace [1].

10. On ne s'attend pas à ce que je m'inscrive en faux contre cette argumentation. Je reconnais qu'elle est d'une rectitude absolue. Pour être capable d'acquérir il faut exister, pour être le bénéficiaire d'une stipulation faite à votre profit, il faut être capable d'acquérir : ce sont là des principes devant l'évidence desquels il n'y a qu'à s'incliner.

Si je soutiens pourtant une solution contraire à celle de la jurisprudence, c'est que je crois l'opération entreprise par l'assuré susceptible d'une analyse juridique nouvelle, et avec cette analyse de l'acte j'évite l'objection sans en méconnaître la valeur au point de vue des principes [2].

[1] On trouve la formule indiquée dans tous les arrêts et jugements depuis les décisions de 1872, 1873, rendues en ce sens par la Cour suprême, 7 fév. 1872, *J. ass.* 1872. 303 ; 15 déc. 1873, *J. ass.* 1874. 371. Voyez les derniers jugements. Périgueux, 30 déc. 1887, *J. ass.* 1888. 186 ; Seine, 4 nov. 1889, *J. ass.* 90. 11.

Les auteurs l'ont adoptée, Herbault, *op. cit.*, 209. Jouault, *Théorie pratique des donations par contrat d'assurance en cas de décès*. Note du Sirey, 1888. 1. 122. Note du *Journal des assurances*, 1890. 10 ; c'est ici que j'ai trouvé la théorie le plus juridiquement exposée.

Enfin l'argument est le même, bien que présenté sous une autre forme, dans le livre déjà cité de Dujarrier, p. 61, et dans la note de notre éminent maître M. Labbé, S. 1885. 1. 5. Ils se placent au point de vue de la donation réalisée au moyen de l'assurance. Elle leur apparait comme impossible quand les bénéficiaires sont incertains, indéterminés, parce que pour être donataire entre vifs, il faut exister au moment de la donation. C'est toujours l'incapacité des bénéficiaires fondée sur leur inexistence présente qui forme le fond de l'argument.

[2] C'est dans le même esprit que notre savant maître M. Boistel a fait la

Digitized by Google

Mais avant de l'exposer je me permets de rappeler que, lié par la volonté des parties, l'interprète doit utiliser toutes les ressources du droit pour la faire triompher. L'interprétation est subtile ; — qu'importe, si elle est juridique et si elle assure le respect de la volonté des contractants, elle est bonne et doit être adoptée.

11. Une personne n'a pas d'enfants aujourd'hui. Mais pensant à l'avenir, elle prévoit qu'elle peut en avoir plus tard. Elle désire s'assurer, et comme elle veut donner à ses enfants à naître un droit à l'abri de ses créanciers éventuels possibles, elle souscrit sa police en désignant pour bénéficiaires ses enfants à naître.

Voilà l'hypothèse dans les circonstances les plus défavorables à ma thèse. Pour la soutenir, voici l'analyse du contrat que je propose.

tentative dont j'ai déjà parlé. Si je la renouvelle, c'est que son argumentation ne m'a pas paru décisive. — Elle repose sur une analyse particulière de l'assurance sur la vie envisagée comme stipulation pour autrui. De cet acte juridique, suivant le savant professeur, naissent deux droits : l'un au profit du bénéficiaire désigné qui recueillera l'indemnité s'il survit, s'il accepte, si l'assurance n'est pas révoquée auparavant, l'autre au profit de l'assuré lui-même dont la succession se saisira de l'indemnité s'il révoque la stipulation au profit du bénéficiaire, si celui-ci ne l'accepte pas, ou s'il prédécède. De ces deux droits celui de l'assuré est plus fort que celui du bénéficiaire susceptible de révocation ; l'un est principal, l'autre n'est qu'accessoire. — Or cette qualification fondée sur l'analyse du contrat, est grosse de conséquences pratiques. La plus importante est la validité de la clause attributive de l'indemnité au profit de bénéficiaires indéterminés. Voici donc le point capital pour nous. Sans doute, dit M. Boistel, ces bénéficiaires, n'existant pas encore, n'acquièrent pas du jour du contrat le droit que la clause attributive doit faire naître à leur profit ; mais parce que l'effet principal, la création du droit au profit du stipulant, de l'assuré, peut se produire de suite, « il soutient tout le contrat jusqu'à l'accession des autres créanciers, indiqués comme possibles. » Quelle que soit l'ingéniosité de cette thèse, je ne puis la croire admissible. Au moment où le contrat a lieu, il ne peut pas produire d'effet au profit des bénéficiaires inexistants. Ceci est reconnu. Or ce n'est pas parce qu'il est efficace au regard d'une autre personne qu'il peut se soutenir de manière à agir encore quand surviendront les bénéficiaires prévus. C'est une conception toute nouvelle que celle de ce contrat qui se soutient ainsi parce qu'il produit un certain effet. Il faudrait nous montrer que nos principes juridiques n'y répugnent point. Or, je ne vois pas dans l'étude, d'ailleurs si intéressante de notre maître, une justification suffisante de cette idée nouvelle qui serait la clé de voûte de toute sa théorie.

Digitized by Google

Au moment où il y a entente entre les parties, — l'assuré et la compagnie, — je ne dis pas qu'il y a stipulation immédiate en faveur des enfants. — Elle serait nulle, avec toute le monde je le reconnais, ceux qui devraient en profiter n'existant pas, il n'y a même proprement pas à dire qu'ils sont incapables. — Donc pas de stipulation actuelle. — Mais ne peut-on pas dire qu'il y a actuellement une convention dans laquelle les parties échangent leurs consentements de manière que ces consentements forment plus tard, à l'arrivée d'un événement prévu la naissance des enfants, une stipulation en leur faveur? Les principes du droit ne permettent-ils pas de déclarer valable, ce contrat ainsi présenté?

12. Je note tout de suite que si cette interprétation est admissible, elle réalise la volonté de l'assuré. Si la formation de la stipulation peut être reportée au moment où les bénéficiaires deviennent, en naissant, capables d'acquérir, les voilà investis du droit propre qu'elle produit, et qu'ils peuvent acquérir.

Reste à établir la validité du contrat analysé comme je l'ai fait. Pour cela il me faut prouver deux choses : 1° la validité de cette première convention, de cet échange de volontés qui ne forme pas au moment où il a lieu une stipulation pour autrui ; 2° la possibilité pour ces volontés échangées par avance de se transformer à la seule arrivée d'un événement prévu en une stipulation pour autrui.

13. Prenons donc la convention au début. Elle consiste en un échange de volontés destinées à devenir seulement à un certain moment un contrat déterminé. Que manquerait-il à cette convention? L'article 1108, C. civ., ne nous indique que quatre conditions pour les contrats. Se rencontrent-elles ici? Tout est là.

Du consentement des parties, de leur capacité, rien à dire.

Mais quel est l'objet « qui forme la matière de l'engagement? » Je réponds : le consentement donné par chacune des parties et destiné à former, par la suite, une stipulation en faveur des bénéficiaires futurs. S'étonne-t-on de voir un consentement donné en vue d'un contrat qui se formera pas la suite, devenir l'objet d'une première convention? Mais ce n'est pas une innovation que je veux introduire. — Je m'engage à vous vendre un objet si

Digitized by Google

vous voulez me l'acheter par la suite. Vous acceptez mon engagement, sans prendre celui de m'acheter la chose dont il s'agit. C'est une promesse unilatérale de vente, personne n'en conteste la validité. Eh bien! quel est l'objet de cette première convention, je ne dis pas de la vente future, prenez garde, je dis de cette convention préliminaire. Ce n'est pas l'objet qui un jour pourra être vendu, car vous n'avez, après cette promesse de vente, aucun droit sur cet objet. Ce n'est pas une obligation de consentir plus tard à la vente, car celui qui a promis de vendre n'a plus à consentir par la suite, le consentement de l'acheteur suffit après la promesse unilatérale de vendre pour achever le contrat. L'objet de la convention primordiale, ce ne peut donc être que le consentement que je vous donne par avance en vue de cette vente future et dont ensuite vous pourrez vous prévaloir pour la parfaire définitivement par l'adjonction du vôtre. Voilà donc bien une convention valable dans laquelle un consentement donné par avance est le seul objet que nous rencontrions.

La cause dans le contrat primitif que j'étudie apparaît de suite. Dans tout acte synallagmatique la cause de l'obligation de l'une des parties est l'objet de l'obligation de l'autre. En déterminant ici l'objet, nous avons trouvé la cause.

N'ai-je pas prouvé par ces explications que cette convention, qui consiste en un échange de volontés destinées à devenir une stipulation pour autrui, remplit toutes les conditions nécessaires à la formation des contrats?

14. Question de savoir maintenant si des consentements, ainsi donnés par avance, peuvent à la réalisation d'un événement prévu se transformer en un contrat donné et produire alors seulement certains effets?

Quel serait le danger de l'affirmative? Pourquoi refuserait-on aux parties le droit de remettre à plus tard la formation d'un contrat pour lequel elles sont déjà d'accord et donnent dès maintenant leur consentement? En principe la volonté des parties est libre.

De plus je veux prouver que cet intervalle entre l'époque où le consentement se produit et celle où il engendre son effet, qui étonne peut-être, n'est pourtant pas une innovation inventée par moi pour les besoins de la cause.

Digitized by Google

Que l'on me permette de montrer que la loi même nous offre bien des exemples d'opérations juridiques analogues, où les choses se passent ainsi. Ce sera établir que les principes généraux de notre droit ne répugnent pas à cette conception de volontés échangées, d'abord inactives, et n'engendrant des conséquences juridiques que plus tard.

15. Voici un contrat sous condition suspensive. Que se passe-t-il? Quand les consentements sont échangés, le contrat se forme, mais en ce sens seulement que les volontés sont liées, les parties ne pouvant plus se rétracter. Il y a lien de droit créé, mais c'est tout. L'objet du contrat est-il une obligation contractée par un débiteur? La dette n'existe pas encore. S'agit-il d'un droit réel à faire passer d'un patrimoine dans un autre? le transport n'a pas encore lieu. — Mais la condition vient à se réaliser et tout change. Le contrat « avec le caractère propre qui le distingue », pour parler comme M. Demolombe, se forme, la dette prend naissance, ou le droit réel est transmis. Et ces effets nouveaux, quelle est la cause qui les produit? — L'événement en se réalisant? Non. D'un fait, dont aucune des parties n'est l'auteur, ne peut pas naître entre elles un lien de droit. Le principe actif c'est le consentement des parties, tenu en suspens tout d'abord, et maintenant produisant l'effet en vue duquel il a été donné par avance.

Nous voilà bien, il me semble, avec le contrat sous condition suspensive, en présence une première fois de volontés échangées à un moment et ne produisant leur effet propre qu'à une époque ultérieure. Les principes du droit admettent cela, et c'est tout ce que je revendique pour le contrat d'assurance au profit de bénéciaires incertains, dans l'explication que je tente de justifier.

16. J'invoquerai encore à l'appui de ma thèse, et parce que je redoute des résistances, ce qui a lieu dans les promesses de vente. — Soit d'abord une promesse unilatérale, avec la majorité des auteurs, je l'ai dit, j'y vois un consentement fourni d'avance par le promettant, et qui doit au moment où l'acquéreur manifestera sa volonté d'acheter, former le contrat définitif. Ici encore apparaît un consentement qui, donné à une époque et comme tenu en réserve pendant un temps, produit plus tard son

Digitized by Google

effet, et cet effet, ce qui nous rapproche de notre contrat, n'est plus seulement la création ou le transfert d'un droit comme dans le contrat conditionnel, c'est la formation même du contrat. — Mais je trouve dans la théorie de certains auteurs sur les promesses bilatérales de vendre et d'acheter, une justification encore plus complète de ma thèse. — Ecoutons notre savant maître M. Colmet de Santerre, c'est dans son livre que cette théorie trouve son expression la plus nette. Pour lui la promesse bilatérale dont nous parlons, quand les parties y ont joint un délai, ne forme pas une vente immédiate même sous condition suspensive, s'il y a eu volonté contraire de leur part; la propriété de la chose qui sera vendue un jour n'est pas transférée. Mais « le terme arrivé, la promesse à terme devient une promesse pure et simple, et immédiatement au jour de cette échéance, l'art. 1589 s'applique, c'est-à-dire que de plein droit la propriété passe à l'acheteur [1]. » C'est au nom de la liberté des conventions que M. Colmet de Santerre revendique pour les parties le droit de contracter ainsi, en remettant à plus tard la formation d'une convention à laquelle elles consentent dès maintenant. Les principes du droit ne lui paraissent pas s'y opposer. Mais on le voit, dans mon analyse du contrat d'assurance il n'y a rien de plus : deux volontés s'unissent en vue d'un contrat, d'une stipulation en faveur de tiers, qui se formera de plein droit lors d'un événement donné, leur naissance. Si l'on veut, je dirai qu'il n'y a pas au début de l'opération stipulation pour autrui, mais seulement promesse bilatérale en vue d'une stipulation pour autrui future.

Mais j'entends déjà l'objection : tout le monde est-il d'accord sur cette interprétation des promesses de vente sous un terme suspensif ? Non, je le sais. Seulement MM. Aubry et Rau [2], qui la contestent, ne nous indiquent pas sur quels principes ils se fondent pour limiter arbitrairement, en ne permettant pas aux contractants de donner à leur acte la signification qu'ils désirent, la liberté, donnée par la loi aux parties, de faire leurs contrats comme ils les entendent.

17. Comme il s'agit détablir ici la base même du système

[1] Colmet de Santerre, t. VII, n° 10 *bis*, III.

[2] Aubry et Rau, IV, § 349, note 8.

Digitized by Google

que je présente, je veux chercher un dernier argument dans la théorie des contrats qui ont pour objet une chose future. Il me semble absolument décisif. A mon sens, en effet, ces contrats nous montrent admis par la loi le mécanisme juridique dont je m'efforce d'établir en ce moment la validité.

Je puis vous rendre la récolte que je recueillerai sur mon champ l'an prochain. C'est valable aux termes mêmes de l'art. 1130, C. civ. Ce contrat peut s'interpréter en ce sens que la vente n'existera pas si la récolte par une cause quelconque vient à faire défaut. La vente alors se trouve subordonnée à l'existence future de la récolte. Eh! bien, cette convention ne peut s'analyser que de la manière dont j'analyse l'assurance au profit de personnes incertaines.

Dans l'acte passé en ces conditions je vois, en effet, au début, des volontés échangées qui ne forment pas une vente présentement, mais qui en formeront une lors de l'arrivée d'un événement prévu, la récolte de la moisson. Et au moment où cet événement se réalise, je vois la convention primitive, qui n'était pas une vente, — j'y insiste et je vais chercher à l'établir, — se transformer en une vente par le fait seul de l'arrivée de cet événement.

Je dis qu'il n'y a pas vente tout d'abord; mais à défaut de de vente pure et simple, n'y a-t-il pas vente conditionnelle? Je ne l'admets pas. L'existence future et incertaine d'un élément essentiel d'un contrat n'est pas une condition. Pour qu'un contrat déterminé existe, il faut que tous ses éléments constitutifs se rencontrent. Pour qu'il y ait vente conditionnelle, il faut d'abord qu'il ait vente, que tous les éléments de la vente se trouvent réunis; or l'existence de l'objet est une condition essentielle de toute vente comme de tout contrat. art. 1582, 1108, C. civ. C'est pour cette raison que devant une vente d'une récolte future, faute d'objet nécessaire à l'existence de la vente, je dis : il n'y a, au moment où les parties s'entendent, qu'un échange de consentements destinés à former une vente plus tard seulement et non pas immédiatement.

Encore une fois je me trouve en présence d'une convention destinée à devenir par la suite un contrat qu'elle n'est pas au début. Mais ici la loi elle-même en reconnaît la validité.

Digitized by Google

18. Je sais bien que l'on ne présente pas toujours cette analyse de la vente d'une chose future. Sans pénétrer au fond des choses on dit : il y a vente conditionnelle. Pourquoi je n'admets pas cette interprétation, je l'ai dit. Mais admettons-la. Je dirai alors que dans l'assurance au profit de bénéficiaires indéterminés, à naître, il y a une stipulation conditionnelle, la naissance des bénéficiaires formant la condition à laquelle elle est subordonnée. Si l'existence d'une chose future, objet d'un contrat, bien qu'élément essentiel de ce contrat, peut être mis *in conditione*, pourquoi l'existence des bénéficiaires d'une stipulation ne serait-elle pas la condition de cette stipulation ? Les principes du droit s'y opposent à mon sens, mais alors il faut recourir à l'explication différente que j'ai donnée, et elle justifie de même l'analyse que je présente de l'assurance au profit des tiers indéterminés.

19. Convention destinée à ne devenir une stipulation pour les bénéficiaires futurs qu'au jour de leur apparition, voilà en définitive ce qu'il faut voir dans ce contrat. Ainsi présenté il est valable et il investit ces bénéficiaires d'un droit propre [1].

[1] Il est tout à fait curieux de remarquer que la Cour de cassation, qui a mené une campagne si vive contre le droit propre des bénéficiaires indéterminés de l'assurance sur la vie, admet sans hésitation l'action directe des ouvriers contre la compagnie d'assurances, dans les assurances-accidents, quand un chef d'usine s'est assuré pour tous les sinistres pouvant atteindre son personnel. — Arrêt du 1er juillet 1885, S. 1885. 1. 409.

Au moment du contrat passé pour l'année, les ouvriers sont pourtant des personnes indéterminées. L'obstacle au droit propre est le même que pour l'assurance-vie. Comment justifier ces deux solutions ?

Il y a des cours et des tribunaux qui n'ont pas hésité à admettre en matière d'accidents cette solution nouvelle tout en se plaçant toujours dans le domaine de la stipulation pour autrui, de l'art. 1121. — Nimes, 24 avril 1882, S. 1883. 2. 202 ; Versailles, 19 janvier 1883, S. 1885. 2. 42 ; Paris, 30 octobre 1885, S. 1886. 2. 49. La contradiction alors apparait aussi éclatante que possible.

Je sais bien que la Cour suprême l'évite en apparence parce qu'elle explique l'assurance-accidents par une gestion d'affaires du patron pour ses ouvriers. Mais elle n'échappe pas pour cela à la critique. Voici la double objection que je lui fais. — Tout d'abord si l'assurance au profit d'autrui peut être interprétée comme une gestion d'affaires, je ne vois pas pourquoi on ne donnerait pas cette interprétation aussi bien à l'assurance-vie qu'à l'assurance-accidents ? Dans l'assurance-vie, on est sûr de la volonté de l'as-

Digitized by Google

20. La jurisprudence et le plus grand nombre des auteurs, s'arrêtent après avoir déclaré que la stipulation pour autrui, et par suite l'assurance sur la vie ne peuvent pas être faites au profit de personnes incertaines. J'ai développé et admis cette objection; mais j'espère avoir fourni de notre contrat une explication qui permette d'y échapper. Je m'arrêterais donc si je ne rencontrais pas de nouvelles difficultés soulevées surtout par notre éminent professeur M. Labbé.

Les bénéficiaires des assurances ne peuvent pas, dit-on, n'accepter le contrat fait en leur faveur qu'après la mort de l'assuré, et se prévaloir néanmoins d'un droit propre contre la compagnie d'assurance. Il faut une acceptation antérieure à son décès pour faire échapper l'indemnité à l'action des créanciers de l'assuré.

Voilà l'objection [1]. Sans doute, qu'on le remarque bien, elle ne vise pas, au point de vue théorique, d'une façon particulière le cas d'une assurance au profit de tiers indéterminés. Une personne existant dès le jour du contrat, et désignée comme bénéficiaire de la façon la plus précise, peut n'avoir pas accepté le contrat pendant la vie de l'assuré, tandis que des bénéficiaires incertains, inexistants même au moment de la rédaction de l'acte, peuvent, devenus par la suite capables d'acquérir, accepter, l'as-

suré de conférer aux bénéficiaires un droit propre, on ne peut même pas en dire autant dans l'assurance-accidents. — Mais de plus si l'on peut faire un acte de gestion pour un tiers actuellement inconnu, on peut faire également une stipulation pour des personnes actuellement inconnues ou inexistantes, mais qui se révéleront plus tard. Dans la gestion d'affaires pour un tiers inconnu il faut bien admettre que l'échange de volontés entre les parties contractantes n'opère pas de suite, puisque celui qui doit en recueil, lir le bénéfice est incapable d'acquérir, c'est donc que le contrat définitif qui doit produire son effet à son profit, est remis au moment où ce tiers se révélant deviendra capable d'acquérir. Mais alors on peut de même stipuler pour des bénéficiaires futurs, la stipulation ne se formant, comme nous l'avons dit, qu'au jour où ils deviennent capables.

Ainsi la doctrine de la Cour suprême sur l'assurance-accidents implique contradiction avec sa manière de raisonner en matière d'assurances-vie.

[1] La jurisprudence ne peut se laisser toucher par cette objection, elle admet l'acceptation posthume des bénéficiaires déterminés, elle doit l'admettre de la part des bénéficiaires indéterminés.

Digitized by Google

surance avant le décès de l'assuré. Pourtant, en fait, c'est dans notre hypothèse de bénéficiaires incertains que l'objection a le plus d'importance, car, pratiquement sinon forcément, l'assurance au profit de ces bénéficiaires indéterminés n'est acceptée qu'après le décès de l'assuré.

Aussi je croirais manquer à ma tâche et n'avoir pas établi complétement le droit propre de ces bénéficiaires si je n'établissais pas la conciliation de l'acceptation des bénéficiaires postérieure au décès des assurés et de leur droit propre.

21. Contre cette solution M. Labbé, son principal adversaire, a présenté deux catégories d'objections.

La première objection consiste à dire qu'une acceptation posthume imprime fatalement à la libéralité, qui se réalise dans l'assurance entre l'assuré et le bénéficiaire, le caractère d'un legs; que par suite il est impossible de voir dans cette libéralité, acceptée après la mort du donateur, un acte entre vifs conférant aux bénéficiaires un droit opposable aux créanciers de l'assuré après sa mort.

Je prends dans la dissertation de M. Labbé les points principaux, éléments essentiels de cette argumentation. « En désignant tout de suite un tiers qui touchera le montant de l'assurance, je fais donation à ce tiers du capital que je me suis procuré par l'assurance. J'offre de lui céder gratuitement une créance contre l'assureur. » « La stipualtion pour autrui renferme donc une offre de libéralité; offre qui ne réalise pas parfaitement la libéralité parce qu'elle est révocable, offre qui ébauche la libéralité, et attend le concours d'une autre volonté pour que la libéralité soit parfaite. Cela étant, la libéralité qui repose sur un consentement ne peut dater que du jour où la seconde volonté a été émise. » « Sans consentement il n'y a pas de donation, mais au moyen de volontés qui se succèdent, c'est-à-dire l'une des parties acceptant après la mort de l'autre, peut se réaliser un legs ou un fidéicommis [1]. »

L'argument est tiré, on le voit, d'une certaine manière de concevoir la formation du droit des tiers désignés comme bénéfi-

[1] Sirey, 1877. 1. 393.

Digitized by Google

ciaires d'une stipulation. Il me faudra donc, pour y répondre, examiner d'une façon toute spéciale le mécanisme de la stipulation pour autrui et la genèse des droits qui en naissent.

22. L'objection repose toute sur cette idée : dans la stipulation pour autrui, il y a acquisition d'abord par le stipulant, puis transfert au bénéficiaire, et pour que ce transfert soit un acte entre vifs il faut que ce tiers l'accepte du vivant du stipulant.

Je prétends au contraire que le bénéficiaire ne tient son droit que de l'accord du promettant et du stipulant et non d'une seconde cession qui aurait lieu entre lui et le stipulant. L'acceptation de sa part n'est plus alors, notez-le bien, c'est le point capital, l'acceptation d'une pollicitation pour parfaire un contrat destiné à lui faire acquérir ce droit. Ce droit lui est acquis avant toute acceptation, dès que la stipulation a eu lieu. L'acceptation n'est qu'une prise de possession destinée à rendre irrévocable un droit déjà acquis. Par suite n'ayant pas à se lier à la volonté du stipulant pour former un contrat, elle peut intervenir après sa mort.

L'accord intervenu entre le promettant et le stipulant dans la stipulation pour autrui est le principe générateur unique du droit du tiers bénéficiaire. Cette proposition forme le nœud de ma théorie. Je cherche à l'établir.

23. J'invoque tout d'abord le caractère exceptionnel de la stipulation pour autrui. Dans deux hypothèses seulement l'article 1121, C. civ. la déclare valable. Elle renferme donc quelque chose d'anormal, puisqu'elle n'est pas toujours possible. Or qu'y a-t-il en elle d'extraordinaire si le stipulant acquiert d'abord pour lui et puis cède ensuite au bénéficiaire le droit dont il s'est rendu titulaire? Ce quelque chose d'exceptionnel, indispensable à l'intelligence de la théorie de la stipulation pour autrui, je le vois, avec le système que je propose, dans la création d'un droit dans le patrimoine du bénéficiaire, sans son intervention, par le seul accord des volontés du stipulant et du promettant. Que l'on n'objecte pas que ce résultat est contraire aux principes, il nous faut ici quelque chose qui soit contraire aux principes.

24. Le Code d'ailleurs ne parle-t-il pas lui-même? Je lis l'art. 1165, C. civ. : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les

Digitized by Google

parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121. » Voilà formellement la stipulation pour autrui notée comme l'acte de deux personnes produisant pourtant un effet au profit d'un tiers, qui y reste étranger. L'acquisition du tiers ne provient donc pas d'un transfert qui aurait eu lieu du stipulant à lui après une acquisition préalable du droit par le stipulant.

25. Mais reportons-nous à Pothier, tout cela va s'éclairer encore. Lisez le n° 71 du *Traité des Obligations*. Pothier nous explique que l'effet unique de la stipulation pour autrui sanctionnée par une clause pénale ou adjointe à une donation était, dans les principes purs du droit primitif romain, l'action née de la clause pénale ou la répétition de l'objet donné, le stipulant exerçant ce droit. Le tiers n'avait alors aucune action à la suite de la stipulation: « Cela était fondé sur ce principe que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; d'où il suit qu'il ne peut naître d'un contrat aucun droit à un tiers qui n'y a pas été partie. » Ce sont bien là les purs principes. Les empereurs y dérogèrent. Avec eux « les tiers en faveur desquels le donateur appose une charge à sa donation ont une action contre le donataire pour le contraindre à l'exécuter. » L. 3, C. *De donat. quæ sub modo*. Nous saisissons l'origine de l'action au profit du tiers. Qu'est-ce qui la produit? Va-t-on nous parler d'une cession de droit intervenant du stipulant au tiers? Je continue: « Cet engagement que contracte ce donataire envers ce tiers, et d'où naît cette action, est un engagement qui n'est pas, à la vérité, formé par le contrat de donation, — ici Pothier sauve l'honneur des principes — ce contrat ne pouvant pas par lui-même produire un engagement envers un tiers... C'est l'équité naturelle qui forme cet engagement... C'est pourquoi l'action qui est accordée à ce tiers est appelée en la loi 3 *actio utilis*, qui est le nom que les jurisconsultes romains donnaient aux actions qui n'avaient pour fondement que l'équité: « *quæ contra subtilitatem juris, utilitate ita exigente, concedebantur*. » Que Pothier ne veuille pas dire: l'action naît du contrat passé entre le promettant et le stipulant, cela ne fait rien; cette action naît à la suite de ce contrat et de la seule équité, mais il n'est pas question

Digitized by Google

d'acte translatif entre le tiers et le stipulant, c'est l'essentiel pour ma thèse et je m'en empare.

Mais poursuivons, nous allons voir apparaître, dans la théorie de nos anciens auteurs sur la stipulation pour autrui, leurs idées relativement au rôle de l'acceptation du tiers et au moment où elle pouvait intervenir.

Avec le n° 73 Pothier aborde cette question, autrefois controversée : le droit du tiers est-il révocable avant toute acceptation de sa part? Certains auteurs l'admettaient et l'ordonnance des substitutions a confirmé cet avis, c'est donc bien que cette acceptation n'était pas pour eux l'acceptation d'une offre faite au tiers par le stipulant, destinée à réaliser le transfert du droit acquis par le stipulant au tiers, elle serait sans cela dans ce contrat un élément essentiel et dont on ne pourrait pas se passer.

D'autres auteurs, il est vrai, soutenaient la révocabilité avant l'acceptation et notre Code les a suivis. Mais quel est leur motif? Point que jusqu'à l'acceptation il n'y a qu'une offre, une pollicitation révocable comme toute pollicitation non encore acceptée. Non. « Le droit qui est acquis au tiers est un droit qui n'est pas irrévocable, parce qu'étant formé par le seul consentement du donateur et du donataire — ici Pothier abandonne les purs principes du droit et parle comme je l'ai fait — sans l'intervention du tiers, ce droit est sujet à être détruit par la destruction de ce consentement. »

Et quel est, dans cette théorie aussi précise que possible, l'effet de la mort du stipulant? Est-ce de rendre impossible l'acceptation faite par le bénéficiaire, parce qu'un contrat ne peut pas être accepté après la mort du stipulant? Tout au contraire. « Le droit de ce tiers ne devient irrévocable que lorsque la mort du donateur (le stipulant) empêchant qu'il ne puisse désormais intervenir un consentement contraire, le consentement qui a formé un droit cesse de pouvoir être détruit. »

26. Voilà bien notre ancien droit aussi nettement que possible contraire à la théorie de M. Labbé et de la jurisprudence sur la stipulation pour autrui. Il affirme la possibilité pour le bénéficiaire d'accepter après la mort du stipulant, et son explication théorique du contrat conduit à cette solution. C'est elle que j'ai reproduite,

Digitized by Google

légitimement, je le crois, car les rares indications du Code en cette matière, art. 1121, 1165 ne font que la confirmer, je l'ai montré.

Je conclus : la désignation de bénéficiaires indéterminés aboutira presque toujours à une acceptation de l'assurance postérieure à la mort de l'assuré. Mais elle est possible et se concilie avec l'existence de leur droit propre, issu du contrat même.

27. Ce n'est pas seulement dans l'analyse de la stipulation pour autrui que M. Labbé trouve un obstacle à l'acceptation du bénéficiaire après la mort du stipulant. Voici de nouvelles considérations à l'appui de la même thèse. Je dois les examiner et y répondre.

« Le contrat d'assurance, dit notre savant maître, constitue un droit à une valeur pécuniaire. La compagnie est débitrice de cette valeur. Mais envers qui? Sur quelle tête repose ce droit? L'assuré qui manifeste l'intention d'attribuer le bénéfice de ce contrat à sa femme ou à ses enfants, semble se dépouiller au profit des personnes qu'il désigne. Il semble faire un acte de dévouement ou de libéralité, mais s'il conserve en ses mains le titre de la créance, s'il peut céder ce titre à qui bon lui semble, il n'est pas vraiment dessaisi de cette valeur et de cette créance. Il la tient, il la garde à sa disposition, il l'a dans ses biens; après sa mort, elle devra figurer dans sa succession si aucun fait nouveau, tel que l'acceptation de la part d'un cessionnaire, ne vient auparavant la faire sortir de sa fortune [1]. »

L'objection est bien nette et tout d'abord paraît invincible, je crois pourtant que M. Labbé n'a pas pénétré suffisamment au fond des choses.

Ce qui paraît l'avoir surtout frappé, c'est cette considération d'équité : une valeur dont une personne a eu la disposition toute sa vie ne peut pas échapper à ses créanciers.

28. Eh! bien, restons tout d'abord sur le terrain de l'équité, je le veux bien. A ce point de vue, est-il vrai de dire que les créanciers, privés de la créance d'indemnité à la mort de l'assuré, sont frustrés d'une valeur dont jouissait leur débiteur? Je réponds non. C'est que cette créance d'indemnité change singulièrement de prix, suivant les époques, avant ou après la mort de l'assuré. —

[1] Sirey, 1888. 2. 98.

Digitized by Google

Avant, incertaine, subordonnée à la plus aléatoire des conditions, le décès de l'assuré, et la continuation de l'assurance jusqu'à cet évènement, elle n'a, pour ainsi dire, aucune valeur vénale. En fait il n'y a pas de transactions sur ces créances d'indemnités. Les assurés ne peuvent en retirer aucun profit sérieux, ils ne trouveraient pas d'acheteurs. — Après le décès, la créance a une valeur absolue, le débiteur est une compagnie dont la solvabilité est assurée, sinon par une entière prospérité, du moins par des réserves statutaires considérables. — Cette créance vaut cent aujourd'hui, elle ne valait pas dix avant la mort de l'assuré.

Ce sont là les faits. Au point de vue de l'équité, les créanciers auxquels le droit à l'indemnité d'assurance est enlevé, peuvent-ils se dire privés d'une valeur qui était dans le patrimoine de leur débiteur?

29. L'équité ne m'oblige pas à prendre parti peur eux, mais le droit strict? En droit la créance d'indemnité se trouve-t-elle à la mort de l'assuré dans son patrimoine?

Tous mes efforts, tout à l'heure, ont été pour prouver le contraire. N'ai-je pas démontré que la stipulation pour autrui place de suite, dès l'instant où elle est conclue, la créance qui en naît, dans le patrimoine des tiers désignés? Sans doute le stipulant peut, jusqu'à l'acceptation de ce tiers, revenir sur ce qu'il a fait et rétracter cette désignation primitive. Mais le droit n'en était pas moins en dehors de son patrimoine, il peut seulement l'y faire rentrer.

Je me refuse absolument à admettre que cette faculté de révocation doive faire considérer la créance d'indemnité comme un bien appartenant à l'assuré et par suite à ses créanciers. Une donation m'a été offerte, l'offre a été maintenue toute ma vie, pour une raison quelconque je ne l'ai pas acceptée, mais j'ai toujours pu le faire. Une simple manifestation de volonté de ma part, et le bien qui m'était offert était à moi. On peut dire que je l'avais à ma disposition, pour reprendre les termes dont on se sert contre nous. Dira-t-on que mes créanciers, ma mort survenant avant mon acceptation, doivent profiter de cette valeur dont un simple consentement m'aurait rendu maître? Non, la faculté que j'avais d'acquérir ce bien, ne le rendait pas mien. De même dans notre hypothèse. La faculté pour l'assuré de reprendre le droit placé

Digitized by Google

par la stipulation dans le patrimoine des bénéficiaires, ne fait pas que ce droit soit dans les biens de l'assuré. Nos créanciers ne peuvent s'emparer que de nos droits acquis, non de la faculté d'acquérir que nous pouvons avoir.

30. Reconnaître aux bénéficiaires le droit d'accepter l'assurance après la mort de l'assuré, ce n'est donc, pas plus en droit qu'en équité, leur permettre de soustraire de son patrimoine une valeur qui s'y trouvait. Et si les bénéficiaires indéterminés ne peuvent, dans la pratique des choses, accepter qu'à ce moment, ce n'est pas un obstacle à leur droit. C'est ce qu'il me fallait démontrer pour achever ma tâche. M. DESLANDRES.

BIBLIOGRAPHIE.

Recueil des inscriptions juridiques grecques.

Texte, traduction et commentaire,

Par M. Dareste, membre de l'Institut, conseiller à la Cour de cassation,
B. Haussoullier, directeur adjoint à l'École des hautes études,
Th. Reinach, docteur en droit et ès lettres
(1er fascicule) [1].

Compte rendu par M. Ch. Lyon-Caen, professeur à la Faculté de droit de Paris et à l'École des sciences politiques.

L'étude d'une législation morte ne peut se développer qu'autant que les textes en sont nombreux et connus. La richesse des textes du Droit romain est assurément au nombre des causes multiples qui ont contribué à faire tant étudier la législation de Rome. Les textes du droit grec sont en beaucoup moins grand nombre et aucune publication ne les a jusqu'ici mis à la portée des jurisconsultes et des historiens. Il y a là une lacune très fâcheuse. MM. Rodolphe Dareste, Haussoullier et Théodore Reinach ont conçu et exécuté le louable projet de la combler. Dans ce but ils viennent de commencer la publication d'un recueil des inscriptions juridiques grecques. Ce recueil sera composé de trois fascicules, dont le premier a paru.

Les savants auteurs ne se sont pas contentés de publier les textes transcrits exactement et avec toute la correction possible. Ils en ont

[1] 1 vol. in-8° de 190 pages.

Digitized by Google

donné la traduction, puis ils y ont joint un commentaire qui explique l'objet des textes traduits et les solutions qu'ils renferment.

Chacun des trois fascicules composant le recueil comprendra des lois, des actes (*negotia*) et des jugements. Il sera facile de les grouper par ordre de dates ou par matières à l'aide des tables qui termineront l'ouvrage.

Le fascicule qui vient de paraître est divisé en trois sections : la première comprend des lois et des décrets; la seconde, des actes et des contrats; la troisième, un jugement.

Les noms des auteurs garantissent le soin consciencieux et la science profonde avec lesquels les textes ont été établis et traduits. M. Dareste avait, du reste, déjà publié plusieurs traductions et commentaires de quelques-uns des textes contenus dans ce premier fascicule [1].

Les commentaires qui suivent chacun des textes sont des modèles de précision et de clarté. Tout en s'attachant au texte commenté, ils contiennent souvent des aperçus ou des notions précieuses sur les principes généraux du droit grec, spécialement en matière d'hypothèques, de constitutions de dot, de ventes immobilières et de procédure. Cette publication rendra à l'étude du droit grec les services les plus grands. Elle lui donnera une base solide qui lui a manqué jusqu'ici. Tous ceux qui s'intéressent à l'histoire du droit et à l'étude des législations comparées doivent une profonde reconnaissance aux auteurs.

Nous souhaitons qu'ils continuent et achèvent promptement une œuvre qui fait tant d'honneur à la science et à l'érudition françaises

CH. LYON-CAEN.

Manuel des magistrats du parquet et des officiers de police judiciaire [2],

Par MM. G. VALLET et Em. MONTAGNON,

Compte rendu par M. Pierre SARRAUTE, président du tribunal de Villeneuve-sur-Lot.

J'ai à présenter aux lecteurs de la *Revue critique* un ouvrage

[1] *Nouvelle Revue, historique*, 1877, pag. 161 et suiv.; 1884, pag. 373 et suiv.; 1885, pag. 1 et suiv.

[2] 2 vol. in-8, Paris.

Digitized by Google

sur l'administration des parquets de première instance. Les fonctions du ministère public exigent souvent, même presque toujours, des solutions immédiates et toutes trouvées sur les questions administratives qu'elles comportent. Pour compétent ou expérimenté que l'on soit, il est des déterminations qu'on ne saurait prendre sans les avoir contrôlées et sans une nouvelle assurance de leur bien fondé. Puis, le service du parquet comprend un travail matériel très important qu'on ne peut accomplir régulièrement sans un guide et sans un formulaire. Les envois, par exemple, les cessions d'office surtout, se composent d'une série de pièces devant revêtir des formalités variées et particulières pour lesquelles il serait imprudent de se fier à sa mémoire. Le règlement des procédures par citation directe nécessite des qualifications qu'on doit avoir toutes formulées, sous la main, pour éviter les retards et assurer, sans encombre, le service des audiences correctionnelles. Il est, enfin, dans la pratique des parquets beaucoup de détails que le temps seul apprend et qu'on serait bien aise de savoir tout de suite pour s'en débarrasser l'esprit et l'affranchir de préoccupations qui y ont toujours un emploi plus élevé et plus utile.

Le « *Manuel des magistrats du parquet* » par M. Vallet, substitut à Saint-Etienne, et M. Montagnon, substitut à Valence, répond amplement à ces exigences. C'est un ouvrage bien conçu, bien entendu, absolument pratique. On peut d'ailleurs s'en convaincre en le feuilletant.

Deux tables, l'une générale et méthodique, l'autre alphabétique et analytique, placées à la fin du second volume, contiennent la désignation des matières traitées. Extrêmement complètes, elles permettent de trouver de suite par un renvoi aux numéros, la solution ou les renseignements qu'on désire. MM. Vallet et Montagnon s'occupent d'abord de l'organisation de la magistrature, des attributions du ministère public, de l'organisation des services du parquet, de la correspondance, et, ici, des envois périodique, des avis à donner, de la franchise postale qu'ils établissent en un tableau très lucide. Puis, ils passent au service répressif, ce qui les conduit à traiter des sources d'information, des procès-verbaux, de leur examen par le parquet et des diverses décisions qui peuvent être prises à leur égard.

Digitized by Google

Après avoir traité de l'information, ils examinent en détail la procédure des affaires de simple police, des affaires correctionnelles et des affaires criminelles, sans en omettre la procédure à l'audience. L'exécution des peines, les règles relatives à l'interdiction de séjour sont très abondamment développées. On se félicitera de trouver la procédure en matière de presse, soit au correctionnel, soit aux assises, dégagée des considérations théoriques et fixée pratiquement en termes nets.

La quatrième partie de l'ouvrage s'occupe du service civil. Là, on trouve les règles générales et particulières sur les affaires commerciales, sur l'état civil, sur les dispenses d'âge, de parenté et d'alliance, sur les changements et additions de nom, sur la déchéance de nationalité, la naturalisation (loi du 26 juin 1889), l'assistance judiciaire et enfin sur les offices ministériels, leur cession ou suppression avec les nomenclatures des pièces à produire.

La cinquième partie traite du service du parquet en matière de commerce, c'est-à-dire des faillites et *liquidations judiciaires* et des élections commerciales.

Enfin la sixième partie est consacrée à un code de citation et d'audience comprenant les incidents, tels que les huis-clos et les délits ou crimes, commis ou découverts à l'audience, le tableau des délais, un tableau synoptique des peines, des règles relatives à la connexité, au non cumul des peines, aux circonstances atténuantes et aggravantes, à la prescription, à la position des questions au jury, à la complicité, la tentative et la responsabilité civile. Cette partie se termine par un tableau des infractions, classées par ordre alphabétique, divisé en trois colonnes, l'une portant la qualification, la seconde l'indication des pénalités encourues, la troisième des observations relatives à la compétence, la prescription, les circonstances atténuantes et aggravantes. Ce tableau très complet et très clair est d'une utilité incontestable. On l'appréciera d'autant plus qu'il était vivement désiré, du moment que les Manuels de président d'assises ne traitent que des qualifications criminelles et que l'ouvrage de Poncin, qui d'ailleurs n'était pas toujours très exact, est épuisé depuis longtemps en librairie.

Je regrette que la place me manque pour examiner et faire connaître plus en détail l'excellent Manuel de MM. Vallet et Mon-

Digitized by Google

tagnon. Qu'il me suffise de dire que c'est un *vade-mecum* plein de conseils, d'indications pratiques, contenant *toutes* les formules et de nature à faciliter considérablement les fonctions du ministère public, à lui éviter les recherches, à le guider sûrement dans ses décisions et à lui apporter en peu de jours une expérience que les années seules lui procureraient, sans lui. En rien et sous aucun rapport, il ne ment à son titre et à son but.

PIERRE SARRAUTE.

LE PARLEMENT DE PARIS DE PHILIPPE-LE-BEL A CHARLES VII (1314-1422). SA COMPÉTENCE, SES ATTRIBUTIONS[1],

Par M. Félix Aubert, ancien élève de l'École de Chartes,

Compte rendu par M. P. LOUIS-LUCAS,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Le volume dont le titre précède est le second d'une série divisée en trois parties distinctes, que M. F. Aubert s'est proposé de consacrer à l'*Histoire du Parlement de Paris au XIVe siècle* (1314-1422). Tandis que, dans le tome 1er, l'auteur avait étudié l'organisation de ce grand corps [2], il traite, dans celui-ci, de sa compétence et de ses attributions. Quant au troisième et dernier, il sera consacré à la procédure.

L'époque choisie par l'auteur présente un attrait d'autant plus considérable, que, si nous connaissons aujourd'hui d'une manière suffisante les éléments qui ont servi à constituer la *Curia regis*, dont les origines ont, depuis quelques années, attiré l'attention des érudits, du moins les renseignements positifs sur le fonctionnement de la Cour au XIVe siècle nous faisaient-ils encore absolument défaut.

Dans une introduction placée en tête de ce second volume, — introduction dont on avait regretté l'absence dans le premier, — M. Aubert résume en une quarantaine de pages, avec autant de netteté que de précision, les résultats acquis et les principaux faits par lui rapportés dans la première partie de l'ouvrage. Il nous

[1] Paris, 1890, 1 vol. in-8.

[2] Paris, 1887, 1 vol. in-8. — Ce volume a obtenu la 1er mention au Concours des antiquités nationales en 1888, et a été honoré d'une souscription du Ministère de l'instruction publique.

Digitized by Google

montre comment fonctionnait et vivait la grande corporation parlementaire, comment elle se recrutait, par quels procédés elle savait faire sentir son action sur les affaires générales, judiciaires et politiques. — Ce résumé synthétique sera particulièrement utile à tous ceux qui désireront être clairement renseignés par des faits sur la justice royale au moyen-âge.

Quant au volume considéré en lui-même, il traite, ainsi que nous l'indique son titre, de la compétence et des attributions du Parlement. On y voit l'autorité de la Cour s'étendre, dès le XIVe siècle, aux objets les plus divers : le Parlement n'est pas seulement la Cour suprême de justice; mais, pour exercer ses pouvoirs judiciaires dans toute leur étendue, il s'ingère dans une quantité d'affaires commerciales, administratives ou politiques, dont la loi interdit de nos jours la connaissance aux magistrats.

M. Aubert excelle à mettre en relief qu'une corporation, investie de semblables attributions, ne pouvait être vraiment puissante qu'à la condition d'être unique. Aussi est-ce à la réalisation de cette idée que s'attachèrent les conseillers royaux. S'ils laissèrent, il est vrai, subsister l'Échiquier de Normandie et les Grands jours de Troyes, du moins se réservèrent-ils de connaître des affaires du Midi, et ce ne fut pas sans de longs efforts que les Languedociens finirent par obtenir, en 1443, le rétablissement à Toulouse de l'ancien Parlement d'Alfonse de Poitiers. Pareillement, le Parlement ne se dessaisit jamais qu'à regret d'une cause, si minime qu'en soit l'importance, au profit des tribunaux inférieurs. Il lutte avec acharnement contre les évocations; il cherche à devenir le tribunal administratif suprême de la France; sa surveillance s'exerce avec un soin jaloux sur la conduite des officiers royaux, sur la police générale; on le voit s'occupant à Paris de la voirie, du régime des eaux, des hôpitaux, des approvisionnements de la capitale. Enfin ne régente-t-il pas les collèges et lee universités? Ne va-t-il pas jusqu'à prononcer sur les conflits entre les administrations rivales?

Mieux que cela. La Cour empiète souvent sur les attributions de la Couronne. Seulement, son action, de ce chef, quoique peu régulière, est en général utile, et si la royauté n'oppose pas

Digitized by Google

grande résistance à cet excès de zèle et se montre même facile à le tolérer, c'est que le Parlement se fait alors le plus scrupuleux et le plus docile observateur des traditions de la royauté capétienne ; c'est que ses membres ne cessent d'offrir aux Valois un appui constant et dévoué dans leurs luttes contre les deux grands ordres rivaux, la noblesse et le clergé. M. Aubert ne nous entretient qu'en passant de la lutte contre la noblesse, mais il insiste tout spécialement sur le rôle du Parlement dans les affaires ecclésiastiques et il consacre à la question deux chapitres (Chap. III et V) qui sont, selon nous, traités de main de maître; il y a là des pages remarquables qui sont à méditer et qui nous paraissent épuiser le sujet. Nous y voyons, entre autres, les parlementaires, dépassant en cela la mesure, se mêler de questions de discipline de loi sous prétexte de s'opposer aux empiètements des prélats et à l'envahissement des juridictions canoniques; mais nous les voyons aussi, fidèle à leurs traditions, s'unir toujours à l'Université pour conserver à l'Église de France le précieux dépôt de ses libertés.

Ajoutons que l'auteur a joint à son texte bon nombre de pièces inédites. Il a toutefois supprimé beaucoup d'actes recueillis par lui et que M. Tuetey avait publiés à la suite du *Journal de Nicolas de Baye*. Enfin, on rencontre parmi les pièces justificatives qui accompagnent l'ouvrage, des listes de conseillers et surtout, à la fin, un tableau, année par année, des membres du Parlement de Paris de 1255 à 1418. Ce tableau, qui compte près de 1100 noms, et que devront consulter tous ceux qui s'occuperont de l'histoire de notre organisation judiciaire — mais en prenant soin de ne se servir qu'avec circonspection de la partie antérieure à 1300, une certaine confusion y régnant entre les membres ordinaires du Parlement et les personnes qui y figuraient temporairement et à raison de leur charge, comme les baillis, — rendra aux historiens les plus réels services.

Ce court aperçu suffit à montrer tout l'intérêt qui s'attache au nouveau volume de M. F. Aubert. Il atteste un travail considérable et une connaissance peu commune de nos archives judiciaires. Et, pour peu que l'on songe à la somme de courage et de persévérance qu'il a exigée de son savant auteur, on n'hé-

Digitized by Google

sitera pas à reconnaître qu'il justifie pleinement la haute distinction et l'encouragement si enviable dont son aîné a été l'objet de la part de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres.

P. LOUIS-LUCAS.

ÉTUDES SUR LA COMPÉTENCE CIVILE [1],

Par M. P. de Paepe, Conseiller à la Cour de cassation (Belge), Membre de la Commission Chargée de préparer la révision du Code de procédure civile.

Compte-rendu par M. P. Louis-Lucas, Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Au nombre des problèmes les plus importants et les plus épineux que présente la procédure, il convient d'assigner un rang primordial à la question de compétence. Non seulement elle se pose en première ligne, et est d'ordre public, étendant à ce titre son intérêt au-delà des parties en cause sur la généralité même des plaideurs, mais elle soulève des difficultés de tous genres, souvent fort délicates, et fait naître des conflits à la solution desquels sont appelées les juridictions de l'ordre le plus élevé. Aussi, pour être traité avec autorité, un pareil sujet exige-t-il un auteur d'une science éprouvée et qu'une pratique déjà ancienne de ses devoirs professionnels ait de longue main préparé à une connaissance exacte et approfondie de la matière. — Ces qualités d'un genre si spécial, nous les rencontrons à un degré éminent dans M. P. de Paepe, Conseiller à la Cour de cassation belge qui, tout en se plaçant au point de vue particulier de la législation de son pays, inspirée d'ailleurs étroitement par les principes de notre Code, vient de faire paraître le début d'un travail de haute portée et du plus grand attrait pour nous.

Bien qu'en général nous n'aimions à parler d'un livre que quand il est complet, nous croyons pouvoir nous écarter ici d'autant plus facilement de notre règle, qu'à vrai dire, cette première livraison des *Études sur la compétence civile* forme comme trois touts distincts, puisqu'elle se compose de trois études séparées, relatives : l'une, à *l'étendue de la juridiction des tribunaux de première instance* (p. 5-74) ; l'autre, à *la com-*

[1] 1re livraison, 1 vol. gr. in-8, Bruxelles, 1889.

Digitized by Google

pétence du juge du lieu où l'obligation est née, a été ou doit être exécutée (p. 75-140); la dernière, enfin, à *l'influence de la cause de la demande sur la compétence et le ressort* (p. 114-254)

Ce que l'auteur s'est proposé, c'est de rédiger un commentaire détaillé de la loi belge du 25 mars 1876. Cette loi, on le sait, consacre les traditions de la jurisprudence de la Cour de cassation de Bruxelles. Elle se montre, en effet, beaucoup plus rigoureuse, en matière de compétence, que ne l'ont jamais été les tribunaux français, en ce qu'elle considère comme d'ordre public des principes que notre jurisprudence déclare toucher seulement à l'intérêt privé des parties. M. de Paepe confronte ces deux systèmes, les apprécie et les juge au moyen d'une analyse serrée et de la discussion précise des espèces les plus reremarquables. Aussi bien son livre est-il aussi plein d'intérêt pour la France que pour la Belgique.

Il commence par délimiter nettement l'étendue de la juridiction des tribunaux de première instance et il se demande s'ils ont plénitude de juridiction. La jurisprudence française n'hésite pas à la leur accorder, et, chose singulière, tandis que la jurisprudence belge s'était fixée dans le même sens jusqu'en 1876, la loi du 25 mars lui fit opérer à cette époque un revirement absolu, qui, s'il est parfaitement fondé en droit, ne nous en paraît pas moins fort regrettable en législation. De telle sorte que les tribunaux de première instance, qui sont considérés en France comme ayant obtenu de la loi la plénitude de juridiction, se trouvent avoir perdu cette prérogative en Belgique depuis 1876. — A un autre point de vue, la loi belge a consacré une solutiont admise par notre Cour de cassation. On s'est souvent posé la question de savoir si le président du tribunal civil a compétence pour statuer en référé dans une affaire commerciale. Après de nombreuses hésitations, la Cour suprême s'est prononcée chez nous dans le sens de la négative et la loi belge de 1876 a également adopté cette doctrine.

Cette même loi contient une innovation qui mérite d'être signalée. Généralisant les règles de compétence qui n'étaient admises que devant les tribunaux de commerce, elle établit, pour les contestations civiles comme pour les procès commerciaux, la

Digitized by Google

compétence de juge du lieu où est née l'obligation, où elle a été ou doit être exécutée.

A ce propos, M. de Paepe signale les controverses multiples qui se sont élevées sur le point de savoir en quel lieu naît le contrat qui se forme par lettre, et s'occupe aussi des contrats formés par dépêche télégraphique ou par téléphone.

Nous ne saurions entrer ici, sans dépasser les limites étroites assignées à un simple compte rendu, dans les développements de l'auteur, quelque curieux et attrayants qu'ils soient. Et c'est à regret que nous nous voyons contraint d'arriver de suite à dire un mot de la troisième partie, intitulée : *De l'influence de la cause de la demande sur la compétence et le ressort.* La règle suivie par la loi belge est, à cet égard, conforme au droit romain, et n'est d'ailleurs qu'une conséquence de l'art. 1351 du Code civil. Elle ne met pas obstacle à la division en plusieurs actions des divers chefs provenant de la même cause, et elle permet au juge du chef principal de connaître des chefs accessoires, alors même que, pris isolément, ils ne sont pas de sa compétence.

Ces différents principes, et nombre d'autres encore, sont exposés par l'auteur avec autant de clarté que d'érudition; une sagacité peu commune, secondée par une logique pénétrante, lui permet d'en déduire une foule de conséquences pratiques.

Si nous ajoutons que le savant Conseiller analyse dans les plus grands détails les divergences de jurisprudence de la France et de la Belgique, nous aurons, ce nous semble, donné de la première partie de son excellent travail, dont la lecture fait ardemment désirer la suite prochaine, une idée suffisante pour attirer sur elle, de la part des jurisconsultes, toute l'attention dont elle est digne.

« Je n'aime pas mon sujet », écrit l'auteur au début de sa *Préface* (p. I). Combien peu, dirons-nous en terminant, qui auraient professé le sentiment contraire, auraient su mener à si bonne fin une étude ingrate par elle-même et la rendre à la fois si attachante et si instructive!

P. LOUIS-LUCAS.

Digitized by Google

Cours élémentaire de droit criminel [1]

Par M. Laborde, professeur à la Faculté de droit de Montpellier,
Compte rendu par M. Chausse, agrégé à la Faculté de droit de Montpellier.

Il est peu de tâches aussi délicates que celle d'écrire un livre à l'usage des étudiants. La plus grande difficulté consiste à ne point dire trop et à dire assez. L'abondance des détails rebute par avance le lecteur; il s'effraie du nombre de pages qu'il aura à parcourir sur chaque matière, et bien souvent il court le risque de se perdre au milieu des développements dans lesquels l'auteur se complait. Mais pour échapper à ce grave défaut on risque de tomber dans une concision et une sécheresse tout aussi critiquables. Le livre n'est plus alors qu'un manuel qui spéculant sur la paresse de l'esprit, veut préserver de la chûte dans un examen plutôt par des recettes que par des raisonnements.

Il suffit de jeter les yeux sur quelques pages du *Cours de droit criminel* de notre collègue M. Laborde, pour se convaincre qu'il échappe à ces deux reproches. L'auteur concentre tous ses efforts sur ce qui est de doctrine primordiale sur chaque matière. C'ast un exposé de toutes les théories du droit pénal, rédigé d'après un plan méthodique conforme, d'ailleurs, au programme de nos facultés. Le style est aussi simple que clair; aucune expression technique n'est employée avant d'avoir été nettement expliquée, les passages importants, les définitions à retenir attirent l'attention par l'emploi de caractères d'imprimerie variés. Les notes qui accompagnent le texte sont nombreuses, mais elles n'encourent pas le reproche de contenir les matières les plus intéressantes, elles complètent l'exposé des théories ou lieu de l'absorber, elles renferment des indications bibliographiques, des citations d'arrêts choisis parmi les plus récents, à moins que le principe ne soit mieux formulé dans une décision antérieure, enfin on y trouve de précieux renseignements sur les législations étrangères. Ainsi les nouveaux Codes criminels hollandais et italien, sans parler des Codes plus anciens, font l'objet de mentions fréquentes.

Le titre de Cours élémentaire que l'auteur a donné à son ouvrage réserve bien des surprises, car si l'on ne se heurte jamais à une accumulation de détails indigestes, si la longueur des dé-

[1] 1 vol. in-8, Paris, 1891.

Digitized by Google

veloppements est toujours proportionnée à l'importance des sujets, on peut être certain de trouver dans ce livre toutes les indications désirables et souvent même tel renseignement que l'on chercherait vainement dans des traités en plusieurs volumes. C'est que M. Laborde, avant de suivre la carrière de l'enseignement, a passé plusieurs années dans la magistrature; il a pu ainsi se rendre compte des lacunes que présentent la plupart des ouvrages de droit criminel et il s'est efforcé, non sans succès, de les faire disparaître de son œuvre.

On comprendra qu'il nous soit impossible de passer en revue les diverses parties de ce travail, cependant nous croyons devoir signaler quelques matières qui sont traitées plus compéltement que dans d'autres ouvrages similaires. Ainsi les règles de la procédure devant la juridiction correctionnelle, les difficultés naissant des conflits de compétence, la distinction entre les divers genres de mandats, les pouvoirs du juge d'instruction en matière de détention préventive et de liberté provisoire, l'instruction sur charges nouvelles, la rédaction par écrit des jugements, la police de l'audience font l'objet d'une étude assez complète pour satisfaire non seulement l'étudiant désireux de s'instruire, mais l'avocat pressé de se renseigner sur une question à laquelle sa mémoire ne lui permet pas de répondre sûrement. A ce point de vue, l'ouvrage de notre collègue est appelé à rendre de sérieux services à tous ceux qui s'intéressent au droit criminel. Mais s'il présente ces avantages pratiques, ce livre n'en revêt pas moins un caractère scientifique bien marqué. On s'en rend compte dès le début. L'auteur a mis le plus grand soin à déterminer le fondement du droit de punir. D'après lui, ce droit a pour base l'utilité sociale tempérée par l'idée d'humanité; il ne faut pas, en effet, que la trop grande rigueur des châtiments blesse un sentiment naturel chez l'homme, la pitié. Que tels soient les principes du droit de punir non seulement en pure théorie, mais encore dans notre législation pénale, M. Laborde le déduit de cette circonstance que les rédacteurs de nos Codes ont subi simultanément l'influence de Bentham et celle de Beccaria, du créateur du système utilitaire et de l'apôtre de l'adoucissement des peines. Les conséquences que l'auteur a tirées de cette thèse

Digitized by Google

originale sont nombreuses. Les questions relatives à l'application de la loi pénale dans le temps et dans l'espace, à la légitimité de la peine de mort, à l'aggravation de la répression en cas de récidive, à la prescription, lui fournissent l'occasion d'en faire des applications importantes et souvent d'arriver ainsi à des solutions aussi neuves que plausibles. Les théories originales ne manquent pas, du reste, dans ce livre; elles constituent même l'un de ses principaux attraits. Nous pouvons recommander particulièrement à ce point de vue la distinction établie entre l'élément moral et l'intention. Dans cette matière fort abstraite, l'auteur fait preuve d'un remarquable esprit d'analyse. Signalons encore l'application de la théorie de la complicité avec infractions non intentionnelles, et des règles du non cumul aux peines complémentaires; la récidive est traitée avec un soin particulier; on sait d'ailleurs que cette matière et surtout les difficultés qu'a fait naître l'application de la loi sur la relégation avaient été déjà l'objet de plusieurs études publiées par notre collègue dans divers recueils judiciaires. En expliquant la procédure des débats devant la Cour d'assises, l'auteur émet l'avis que le président n'a pas le droit de pénétrer dans la chambre du jury pendant la délibération. Il appuie son opinion sur le texte et l'esprit de la loi du 19 juin 1881 qui, en supprimant le résumé, attribue à l'accusé le droit de s'adresser le dernier au jury. C'est là une remarque que, jusqu'ici, personne n'avait songé à présenter. Il semble douteux que la jurisprudence se risque à accepter cette doctrine.

Il est regrettable que pour faciliter les recherches non seulement des étudiants, mais aussi des praticiens qui sans nul doute feront à ce traité l'accueil qu'il mérite, M. Laborde n'ait pas jugé à propos de l'accompagner d'une table alphabétique. La table analytique dont il est suivie est assurément très complète et bien disposée, mais elle suppose chez celui qui veut en faire usage une connaissance assez approfondie de l'ordre généralement adopté pour l'étude du droit criminel. Néanmoins cette table par son étendue rendra de réels services aux étudiants. Il leur suffira de la parcourir pour rappeler à leur mémoire les notions contenues dans le corps de l'ouvrage. CHAUSSE.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

DROIT INTERNATIONAL

(Décisions publiées en 1890),

Par M. Chausse, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

Nationalité. — Fils d'étrangers. — Loi du 26 juin 1889. — Questions transitoires.

La loi nouvelle sur la nationalité a complètement négligé de trancher les questions transitoires que ne pouvait manquer de faire naître le changement de législation. Il faut donc recourir aux principes généraux du droit pour suppléer à son silence. La loi a incontestablement un effet rétroactif à la condition de ne pas porter atteinte à des situations définitivement fixées. La condition des fils d'étrangers encore mineurs au moment de la promulgation s'est trouvée modifiée, mais par contre les majeurs ont conservé la nationalité qu'ils avaient acquise sous l'empire des anciens textes. Mais que faut-il décider à l'égard des jeunes gens, qui, majeurs lors de la mise en vigueur du régime nouveau, n'avaient pas encore atteint l'âge de 22 ans? Nous avons déjà exprimé notre opinion (*Revue critique*, 1890, p. 388) et nous persistons à croire que la loi de 1889 a pu les atteindre. La question s'élève pour deux catégories de fils d'étrangers.

1° L'art. 8 § 3 dispose que les enfants nés en France d'étrangers qui y sont nés eux-mêmes ne peuvent plus comme autrefois opter en faveur de la nationalité étrangère. Il est conforme aux principes de décider que la faculté de répudier la qualité de Français a été retirée aux jeunes gens dont nous nous occupons. C'est qu'en effet tant qu'une faculté n'est pas exercée, qu'elle reste à l'état latent, elle ne constitue pas un droit acquis qui soit à l'abri d'un changement législatif.

2° L'art. 8 § 4 renversant le principe de l'ancien art. 9 a déclaré que les jeunes gens nés en France d'étrangers qui ne sont pas nés sur notre territoire deviennent Français, s'ils sont domiciliés en France, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne réclament la qualité d'étrangers. A notre avis, ce texte doit s'appliquer

Digitized by Google

à tous ceux qui n'avaient pas encore atteint l'âge de vingt-deux ans accomplis, fussent-ils majeurs au moment de la promulgation de la loi. Il est vrai que ces jeunes gens n'auront pu jouir pendant une année entière du droit d'option accordé par la loi. Le délai qui leur était laissé était plus ou moins long suivant qu'ils avaient atteint leur majorité depuis plus au moins de temps, mais il ne faut pas s'attacher à ces considérations. Il reste vrai, comme dans la précédente hypothèse, que l'état de ces individus était en suspens, tant qu'ils restaient dans l'inaction, et que la loi nouvelle n'a pas rencontré de droit acquis, mais une simple faculté. Si donc ces jeunes gens ont gardé le silence dans le délai qui restait à courir jusqu'à 22 ans, il sont devenus Français. Le tribunal de Lille, par jugement du 6 mars 1890, s'est prononcé en sens contraire, ainsi que le tribunal de Cambrai le 29 mars 1890 (*Revue pratique du Droit international privé*, 1890-91, 1, p. 23). Mais notre solution peut s'appuyer sur un arrêt de la Cour de Douai du 6 décembre 1890 (*Gazette du Palais* 1er du 20 février 1891) qui à propos de la loi du 7 février 1851 a décidé que les jeunes gens qui, majeurs au moment de la promulgation de cette loi, n'avaient pas encore atteint l'âge de 22 ans, devenaient Français faute d'option pour la nationalité étrangère dans les délais restant à courir.

Nationalité. — Enfant naturel. — Effet rétroactif de la reconnaissance. — Effet collectif de l'acquisition par mariage de la nationalité française. — Questions transitoires.

Magniette était un enfant naturel, né en Belgique le 16 août 1868. Sa mère, Belge d'origine, le reconnut en 1887. A ce moment elle était devenue Française par son mariage contracté en 1872 avec un Français. Magniette devait-il être déclaré Français ou Belge d'origine ? Cette espèce soulève deux questions. 1° L'enfant naturel suit-il la condition qu'avait son auteur au moment où il a été reconnu ? 2° Le mariage d'une étrangère avec un Français change-t-il la nationalité de ses enfants mineurs ?

Le premier point n'est pas difficile à résoudre. Il est constant que la reconnaissance d'un enfant naturel rétroagit à sa naissance. Magniette est donc né Belge. Comme il a été reconnu antérieurement à la loi de 1889, il est sans intérêt de rechercher,

Digitized by Google

dans l'espèce, si cette solution serait encore exacte aujourd'hui; il nous paraît qu'elle ne cesserait pas d'être vraie. La loi nouvelle n'a pas dérogé au principe rappelé ci-dessus. En donnant effet à la reconnaissance intervenue la première en minorité, le législateur a seulement voulu éviter que la reconnaissance faite par le père pût modifier la nationalité conférée par celle de la mère, mais la première reconnaissance n'en conserve pas moins son effet rétroactif.

Le second point est plus délicat. La nationalité belge acquise au jour de la naissance de l'enfant n'a-t-elle pas été modifiée par suite du mariage de sa mère avec un Français? Le tribunal de Sedan avait répondu négativement, mais la Cour de Nancy a infirmé cette décision par arrêt du 25 mars 1890 (*Revue pratique de Droit int. privé*, 1890-91, p. 30). Nous avons déjà pris parti dans la question (*Revue critique*, 1890, p. 386), et soutenu que sous l'empire de la loi de 1889, toutes les fois qu'un étranger devient Français par le bienfait de la loi, ses enfants mineurs deviennent également Français, sauf bien entendu répudiation de cette qualité dans l'année qui suit leur majorité. Le décret réglementaire du 13 août 1889 a consacré ce système en assimilant, au point de vue qui nous occupe, les effets de la naturalisation et ceux de l'acquisition de la nationalité française par simple déclaration, mais il y a les mêmes motifs d'étendre l'effet collectif aux enfants mineurs de la femme qui devient Française par son mariage. Cet effet collectif de toute acquisition de la qualité de Français, n'a été introduit dans notre droit que par la loi de 1889, il ne saurait s'appliquer à un mariage contracté antérieurement à sa promulgation. Sous l'empire des lois de 1851 et de 1882, Magniette était seulement en droit, comme les enfants mineurs des naturalisés, d'acquérir la qualité de Français en faisant la déclaration prévue à l'art. 9 du Code civil (Douai, 29 décembre 1888, *Journal du Droit int. privé*, 1889, p. 654). Faute d'option, Magniette restait définitivement Belge.

Mais l'espèce présente ceci de particulier qu'au moment de la mise en vigueur de la nouvelle loi, Magniette n'était pas encore majeur. La loi de 1889 a donc pu l'atteindre, et il est devenu Français, sauf faculté de répudiation jusqu'à l'âge de 22 ans.

Digitized by Google

Arrêté d'expulsion. — Déclaration de nationalité.

Un individu né en France de parents étrangers, ou né à l'étranger de ci-devant Français, est frappé d'un arrêté d'expulsion; il rentre en France et souscrit une déclaration en vue d'acquérir la nationalité française. Cette déclaration est-elle valable? si oui, le déclarant pourra-t-il être poursuivi pour contravention à l'arrêté? Ce sont là deux questions qui doivent rester distinctes. Pendant longtemps la première ne faisait pas doute, on n'avait pas songé à contester l'efficacité de la déclaration. (Paris, 6 février 1884, *Dalloz*, 1885. 2. 44, Alger, 2 décembre 1886; *Revue algérienne*, 1886, p. 449). Mais récemment plusieurs tribunaux ont jugé que l'arrêté d'expulsion était un obstacle à la validité de l'option. (Lille, 7 août 1890, *Revue pratique de droit int. privé*, 1890-91, p. 136; Bastia, 19 décembre 1890, *Gaz. du Palais*, n° du 22 février). Les Cours d'appel n'ont pas suivi cette doctrine rigoureuse (Douai, 6 décembre 1890, *Revue*, *loc. cit.*, Lyon, 10 mai 1890, *Gaz. du Palais*, même numéro). Nous croyons qu'il est préférable d'adopter cette seconde opinion. Il nous paraît évident qu'un arrêté administratif ne peut enlever à l'individu la faculté de devenir Français en se conformant aux prescriptions légales. Ainsi un mineur expulsé dont le père se fait naturaliser acquiert la nationalité française; une étrangère expulsée deviendra Française par son mariage contracté à l'étranger avec un Français. Un fils d'étranger, s'il est né en France, pourrait également, conformément à l'art. 9 du décret du 13 août 1889, faire sa soumission de fixer son domicile en France, devant les agents diplomatiques et consulaires français qui ont qualité pour recevoir aussi la déclaration d'option (art. 6 du décret). Or, est-il raisonnable de traiter plus sévèrement ceux qui ont accompli en France les formalités légales? Il est vrai qu'en rentrant sur notre territoire, l'étranger contrevient à l'arrêté et commet un délit, mais de ce que son séjour en France est illicite il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il ne doive pas être pris en considération. En somme c'est la déclaration qui est attributive de nationalité, et la mesure d'expulsion ne peut empêcher l'étranger, de la souscrire.

Digitized by Google

En revanche, nous pensons que si l'individu ne peut être expulsé à nouveau, une poursuite est possible à raison de la violation de l'arrêté antérieurement pris contre lui. Car le délit a été consommé par le fait même du séjour en France; l'acquisition de la qualité de Français n'a pas d'effet rétroactif. Aurait-elle cet effet que la déclaration serait impuissante à effacer le délit. L'arrêté ayant été pris régulièrement doit être sanctionné. (V. en ce sens les arrêts de Paris et d'Alger précités. — V. en sens contraire, l'arrêt ci-dessus de la Cour de Lyon).

Naturalisation dans les colonies anglaises. — Art. 17, Code civil.

La Cour de cassation a décidé par arrêt du 14 février 1890 (*Journal du droit international privé*, 1890, p. 118) que la naturalisation obtenue par un Français dans la colonie de Victoria (Australie) ne lui avait pas fait perdre sa nationalité d'origine. Précédemment le tribunal de Bordeaux avait jugé de même à l'égard d'un Français qui avait obtenu un certificat de naturalisation dans l'île Maurice (18 juin 1884, *Journal*, 1885, p. 185). Ces décisions doivent être approuvées. Pour que la naturalisation à l'étranger entraîne la perte de la qualité de Français, il faut que le naturalisé devienne membre d'un autre État. Or la naturalisation obtenue dans une possession anglaise ne produit ses effets que dans la colonie [1], et comme les colonies ne constituent pas des Etats, il est logique de décider que la naturalisation obtenue dans ces conditions n'entraîne pas un changement de patrie. Autrement on priverait le naturalisé de toute nationalité.

Il suffit d'ailleurs, pour que l'art. 17 soit applicable, que la naturalisation ait pour effet d'assimiler, en principe, celui qui l'a obtenue aux nationaux d'origine. Le changement de patrie résulterait d'une naturalisation acquise par un Français dans un pays qui refuserait au nouveau sujet tout ou partie des droits politiques.

Echelles du Levant. — Mariages mixtes. — *Locus regit actum.*

Un Français avait épousé à Smyrne, une Arménienne, sujette

[1] Chose plus étrange, les conséquences de la naturalisation obtenue en Angleterre ne s'étendent pas jusqu'aux possessions britanniques.

Digitized by Google

ottomane, devant un prêtre de l'église orthodoxe. Le tribunal consulaire français de Constantinople a reconnu avec raison la validité de cette union [1]. Le mariage religieux était seul possible dans l'espèce, car d'une part, les cadis ne consentent pas à célébrer un mariage entre non-musulmans, fussent-ils sujets de la Porte, et d'autre part une jurisprudence déjà fort ancienne (Cass. 10 août 1819, *Sirey*, 1819-I-III) et confirmée depuis à plusieurs reprises, dénie à nos consuls le droit de célébrer une union entre futurs qui ne posséderaient pas tous deux la qualité de Français (art. 47, C. civ.). Aux termes de l'art. 48, C. civ., il suffit, pour qu'un mariage à l'étranger soit valable en France, qu'il soit passé dans les formes usitées dans le pays, ce qui signifie qu'au regard de la loi française le mariage sera tenu pour régulier toutes les fois qu'il sera accepté dans le pays où il a été célébré. Or les autorités turques considèrent comme valables les mariages célébrés entre non-musulmans par les prêtres des différentes communautés religieuses. La question se trouve donc résolue dans le sens du jugement précité.

Il pourrait arriver qu'un prêtre ne voulût pas consentir à marier des futurs qui ne relèveraient pas tous deux de son culte. En pareil cas, le Français désireux de contracter un mariage mixte, tant au point de vue religieux qu'au point de vue international, serait obligé, à moins d'abjurer sa foi, de venir en France et d'y acquérir le domicile de six mois requis pour le mariage. Pour éviter de tels inconvénients, le législateur devrait autoriser nos consuls en Orient à célébrer les mariages entre nationaux et étrangers ou indigènes. Ce serait du même coup et par réciprocité reconnaître la validité des mariages célébrés devant un consul étranger entre une Française et un étranger de la même nationalité que le consul. Jusqu'ici de tels mariages ne sont pas reconnus en France (Trib. d'Epinal, 14 août 1889, *Journal de droit international privé*, 1889, p. 836). Cette jurisprudence nous paraît d'une sévérité outrée. Elle se justifie d'ailleurs difficilement, car si les autorités territoriales ne s'opposent pas à ce que les consuls exercent les fonctions de l'état civil entre nationaux et étrangers, les art. 48 et 170 du Code civil doivent recevoir leur application;

[1] 12 septembre 1890, *Journal de droit int. privé*, 1800, p. 914.

Digitized by Google

car on peut bien dire que de tels mariages sont célébrés dans les *formes usitées dans le pays*. En tous cas on devrait avoir égard au régime tout exceptionnel auquel sont soumis nos nationaux établis en Orient.

Consuls. — Immunité personnelle.

L'usage a perpétué l'emploi de certaines clauses qui se retrouvent dans presque toutes les conventions consulaires. On y stipule au profit des consuls l'immunité personnelle en ajoutant que ces agents ne pourront être arrêtés ni emprisonnés si ce n'est pour crime [1]. Quel sens faut-il attribuer à ces expressions équivoques « *immunité personnelle* »? On se demande si un tel privilège est incompatible avec l'idée d'un jugement qui serait prononcé contre les consuls, s'il a pour effet de leur conférer une immunité de juridiction analogue à celle dont bénéficient les agents diplomatiques. Il faut évidemment réserver les cas où les consuls sont recherchés à raison d'actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions, ils ne sont pas justiciables des tribunaux pour de tels faits. Mais quand ils sont poursuivis pour des actes étrangers à leur mandat officiel, nos tribunaux sont-ils compétents pour les juger?

En matière civile, la question ne nous paraît pas discutable. Ni le texte ni l'esprit des traités n'établissent que l'on ait voulu soustraire les consuls à l'application du droit commun. Une dérogation aux règles ordinaires ne serait pas justifiée, car on ne saurait raisonnablement prétendre que l'indépendance des consuls peut se trouver compromise parce qu'un jugement aura été pris contre eux. Nous ne saurions donc approuver le tribunal civil de Toulouse qui s'est déclaré incompétent pour connaître d'une dette contractée par un consul espagnol (10 juillet 1890, *Revue pratique du droit international privé*, 1890-91, 1, 74).

En matière pénale la difficulté est plus sérieuse. A l'occasion d'un consul portugais, la Cour de Paris a jugé le 8 janvier 1886 (Sirey, 1887, 2, 13) que l'immunité personnelle n'entrainait pas

[1] V. les conventions avec l'Espagne du 7 janvier 1862, avec le Portugal du 11 juillet 1866, avec l'Autriche du 11 décembre 1866, avec la Grèce du 7 janvier 1876, etc., etc.

Digitized by Google

immunité de juridiction, mais le tribunal correctionnel de la Seine a refusé de connaître d'une poursuite en diffamation dirigée contre le chancelier du consulat général hellénique [1]. Nous nous rangeons à l'opinion de la Cour de Paris. On a voulu soustraire les consuls aux mesures d'exécution qui seraient de nature à les entraver dans l'exercice de leurs fonctions ; mais de ce qu'un jugement ne peut pas être exécuté sur la personne de l'agent, il ne s'ensuit pas nécessairement que toute poursuite soit irrecevable et par exemple qu'une saisie ne puisse être pratiquée sur les immeubles appartenant au consul. Ce qui confirme cette interprétation restrictive, c'est qu'il existe des conventions qui n'accordent pas seulement aux agents consulaires l'immunité personnelle, mais encore l'immunité de juridiction. Dans la convention conclue avec le Vénézuéla le 24 octobre 1856, il est dit expressément que les consuls ne peuvent être traduits en jugement.

Faillite prononcée en France et à l'étranger. — Demande de fusion.

La jurisprudence décide qu'un commerçant, fût-il étranger, n'eût-il en France qu'une succursale, peut être mis en faillite alors même que sa faillite aurait été précédemment déclarée par un tribunal étranger. En pareil cas, il se forme deux masses distinctes ayant chacune son actif et son passif. Les deux faillites suivent parallèlement leur cours sur la poursuite de leurs syndics respectifs. Ce résultat regrettable ne peut-il être évité si tous les créanciers s'accordent à fusionner les deux faillites en une seule? Rien évidemment ne s'y oppose. Une faillite unique embrassant la liquidation dans son ensemble permettra de tenir un compte égal des droits de chaque créancier. Il n'y a pas de raisons pour que les créanciers étrangers s'approprient l'actif étranger et réciproquement que les créanciers français appréhendent exclusivement les valeurs situées en France. Le tribunal de commerce de Cette a donc sagement accueilli la demande de fusion présentée par les syndics espagnols du consentement de leurs créanciers (3 juillet 1890, *Revue pratique*, 1890-1, p. 60). Dans l'espèce, les syndics et les créanciers français avaient adhéré

[1] 5 juillet 1890 *Revue pratique de droit int. privé*, 1890, 1, 1. p. 75.

Digitized by Google

à la demande, mais on conçoit que ces derniers pouvaient avoir intérêt au maintien de la séparation des deux masses. Auraient-ils pu s'opposer à la demande? Nous ne savons comment le tribunal de Cette aurait tranché la question, mais la négative ressort de diverses décisions, notamment d'un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier qui a admis (12 juin 1884, *Journal des faillites*, 1884, p. 410) la production de créanciers espagnols à une faillite française en leur imposant l'obligation de rapporter à la masse les sommes touchées par eux en Espagne.

Faillite. — Conflit de lois.

Les lois sur la faillite attribuent au jugement certains effets dans le passé, mais elles ne s'accordent pas sur les conditions de nullité des actes accomplis pendant la période suspecte. Ainsi, par exemple, la loi allemande décide que même au cas où le créancier a connaissance de l'état de cessation de paiements, le rapport des sommes qu'il a touchées ne peut pas être demandé si la remise de valeurs a été effectuée plus de six mois avant la déclaration de faillite. Un créancier alsacien se basant sur cette disposition résistait à une demande en rapport formée par le syndic d'une faillite française sur le fondement de l'article 447 du Code de commerce. La Cour de Caen a rejeté[1] cette prétention, en arguant du caractère d'ordre public de la loi sur les faillites. Sa décision peut se justifier d'une manière plus satisfaisante. Sans doute, en général, la loi qui régit un contrat est compétente pour déterminer dans quels cas il pourra être annulé, mais la déclaration de faillite fait échec à l'application de ce principe. Les effets du jugement dans l'avenir dépendent de la loi du tribunal qui a prononcé la faillite, tout le monde le reconnaît; il est, dès lors, logique que cette loi régisse également les actes antérieurs, car leur efficacité ou leur nullité dépend du jugement déclaratif lui-même auquel la loi confère une certaine rétroactivité.

Caution *judicatum solvi*. — Matières commerciales. — Acte mixte.

La caution *judicatum solvi* n'est pas due en matière commerciale (art. 16, C. civ.). C'est à la nature de la contestation qu'il

[1] 13 février 1890, *Revue pratique*, 1890-1, 1-59.

Digitized by Google

faut s'attacher, et non à la juridiction saisie. Par exemple, si l'on poursuit l'exécution d'un jugement étranger rendu en matière commerciale, il y aura dispense de caution bien que, selon la jurisprudence, la juridiction civile soit compétente pour lui donner la force exécutoire. Mais il arrive parfois que l'acte est civil au regard de l'un des plaideurs, et commercial par rapport à l'autre. Nous pensons qu'il faut, en pareil cas, s'attacher à la qualité du demandeur. Le plaideur commerçant a le droit d'invoquer, de même qu'on peut invoquer contre lui, — nous faisons allusion aux modes de preuve, — les dispositions particulières aux commerçants. Il ne doit ni profiter ni souffrir de ce que l'acte est civil par rapport à son adversaire. Mais si l'acte est commercial au regard du défendeur seulement, la dispense de caution ne serait pas justifiée; on ferait profiter le demandeur civil d'une faveur que la loi a réservée aux commerçants. Telle ne paraît pas être la doctrine du tribunal de Bruxelles qui, par jugement du 5 février 1890 (*Revue pratique de droit international privé*, 1890-1, 1, 174), a accordé la dispense de caution dans une espèce où le procès était civil pour le demandeur et commercial pour l'autre partie.

Convention franco-autrichienne du 11 juillet 1866. — Communauté. Compétence.

L'art. 2 de la convention franco-autrichienne du 11 juillet 1866 porte que les réclamations relatives aux successions mobilières seront jugées par les tribunaux de l'Etat auquel appartenait le défunt. La Cour de Dijon a cru devoir dans un arrêt du 3 juillet 1888 (Dalloz, 1890, 2, 121), appliquer cette règle de compétence à la liquidation et au partage de biens mobiliers situés en Autriche, et faisant partie d'une communauté légale entre époux français. Cette extension est critiquable. Au sujet de l'art. 5 du traité franco-suisse de 1869, qui contient une disposition analogue, il a été fréquemment jugé que ce texte ne peut concerner les demandes en liquidation et en partage d'une communauté (Cass., 3 juin 1874, *Sirey*, 75, 1, 245; Paris, 29 juin 1888, *Dalloz*, 1889, 2, 277; Chambéry, 5 février 1889, *Dalloz*, 1890, 2, 125). Quelle que soit l'analogie des matières, cette solution est

Digitized by Google

commandée par l'interprétation rigoureuse du texte même des conventions[1]. Il est seulement regrettable que le règlement de la communauté ne soit pas dévolu au tribunal compétent pour liquider la succession. Il existe un lien très étroit entre les deux opérations, dont l'une est le préliminaire de l'autre.

Actes de commerce. — Conflits de lois. — Compétence.

Les lois des différents pays ne s'accordent pas toujours pour fixer le caractère civil ou commercial d'un acte. Ainsi les billets à ordre ne sont pas considérés par la loi française comme des actes commerciaux par eux-mêmes; il en est autrement en Belgique. Il importe donc de savoir à quelle loi il faut s'attacher pour résoudre le conflit. Pour déterminer la nature de l'acte il faut consulter la loi du pays où le contrat s'est formé. Si l'acte est commercial dans le pays où il a son siège, il doit conserver partout ce caractère et produire en tous lieux les mêmes effets. Ainsi par exemple, si les contractants ont stipulé des intérêts au taux légal, c'est la *lex loci contractus* qui en indiquera la quotité. Mais parfois l'ordre public commande l'application exclusive de la loi du pays où la contestation est engagée. Si l'acte est commercial d'après la loi qui le régit, et civil d'après la loi française, nos tribunaux civils devront être saisis, parce que les lois sur la compétence sont toujours territoriales. Il est évident qu'un tribunal ne peut être compétent que dans les cas prévus par la loi qui l'a institué. Mais le juge devra statuer en tenant compte de la nature juridique du contrat qui lui est soumis et de la loi qui lui est applicable. Cette solution a été consacrée par un arrêt de la Cour de Gand du 11 janvier 1890 (*Revue pratique de droit int. privé*, 1890-91. 2. 87).

Loi étrangère. — Pourvoi en cassation.

La Cour de cassation ayant été instituée uniquement pour maintenir l'unité de la loi française par l'uniformité de la jurisprudence, on en a conclu pendant longtemps qu'un pourvoi n'était pas recevable pour défaut d'application ou application

[1] La question se pose dans les mêmes termes au sujet de la convention franco-russe du 1er avril 1874, art. 10.

Digitized by Google

erronée d'une loi étrangère. La Cour suprême semble dans ces derniers temps abandonner en partie cette doctrine. Elle fait une distinction assez subtile entre le cas où le juge ne s'est pas référé à la loi étrangère et celui où, s'y étant référé, il s'est trompé sur son interprétation. Le pourvoi est admis dans le premier cas non seulement lorsqu'un texte formel commande d'appliquer la loi étrangère (art. 47, 170, 999, C. civ.), mais même lorsque le renvoi est simplement implicite, comme par exemple, lorsqu'il s'agit de régler une question dépendant du statut personnel des étrangers (Cass. 20 février 1882, *Dalloz*, 1882. 1. 119), ou d'apprécier la validité extrinsèque d'un acte quelconque passé dans les formes étrangères (Cass. 15 juillet 1889, *Pandectes françaises*, 1889. 1. 478). Il a même été jugé que l'arrêt qui pour déterminer la validité ou les effets d'un contrat, n'avait pas appliqué la loi du lieu où ce contrat était intervenu, tombait sous la censure de la Cour suprême (Cass. 23 février 1864, *Sirey*, 1864. 1. 385). Ainsi d'une manière générale le pourvoi serait accueilli s'il était basé sur la violation des règles du droit international privé. C'est là une doctrine très hardie, car il est bien des cas où il est téméraire d'affirmer que la loi française a prescrit de se référer à une loi étrangère pour régler le point de droit litigieux.

Mais, par contre, lorsque les juges du fond ont basé leur décision sur la loi étrangère, le pourvoi est irrecevable si par erreur ou par ignorance ils ont fait une fausse application de cette loi. Telle est la solution qui semble prévaloir. Ainsi si en appréciant les conditions de validité d'un mariage ou d'un testament à l'étranger, au point de vue de la forme, le juge s'est trompé sur le contenu de la loi étrangère, une telle décision échappe à la censure de la Cour suprême (Cass., 15 avril 1861, Sirey 1861, 1. 721). Dans le même sens, la Cour a décidé récemment qu'un arrêt qui attacherait le caractère de naturalisation à un acte qui d'après la loi étrangère n'aurait pas ce caractère, n'est pas susceptible de cassation (26 février 1890, *Revue pratique de droit int. privé*, 1890-1.1). Ainsi encore, l'art. 29 de la loi du 5 juillet 1844 fait dépendre la durée d'un brevet d'invention pris en France, de celle du brevet antérieurement pris à l'étranger; si les juges commettent une erreur en interprétant la législation étran-

Digitized by Google

gère, le pourvoi ne sera pas recevable (Cass., 28 juin 1881, Sirey, 1881.1.409).

A l'inverse, on peut citer des arrêts qui ont accueilli le pourvoi basé sur la violation de la loi étrangère. On sait qu'un délit commis par un Français à l'étranger n'est punissable en France, que si le fait est réprimé par la loi du pays où il a été commis (art. 5, Code inst. crim.). Or si le juge estime que l'acte n'est pas incriminé par la loi étrangère, il y a là une question de droit qui peut être soumise au contrôle de la Cour de cassation (Cass., 17 décembre 1887, *Pand. Franç.*, 1890.1.69). Dans la célèbre affaire Forgo, un pourvoi fut pareillement accueilli sur le motif que le juge du fond avait fait une fausse application de la loi bavaroise (Cass., 24 juin 1878, Sirey 1878.1.429). On voit par ces exemples que la jurisprudence de la Cour suprême est loin d'avoir toute la netteté désirable.

Exposition. — Saisie des objets exposés.

On a voulu prétendre qu'un créancier ne peut saisir et faire vendre les objets figurant dans une exposition et appartenant à son débiteur étranger. Le tribunal civil de la Seine a admis avec raison[1] la validité de cette saisie. On concevrait parfaitement que pour mieux assurer le succès de l'exposition le législateur accordât aux industriels étrangers cette protection extraordinaire de l'insaisissabilité; mais, à défaut d'une disposition spéciale que jusqu'à présent on n'a pas cru devoir prendre, les produits exposés ne sauraient être à l'abri des mesures ordinaires d'exécution. Sans doute de grandes faveurs sont accordées aux exposants; leurs produits sont affranchis de tout impôt (droits de douane, d'octroi, de statistique), si bien qu'au point de vue fiscal on peut dire que les marchandises sont réputées n'avoir pas pénétré sur notre territoire. Ce n'est pas tout, des lois spéciales on écarté l'application de diverses dispositions de la loi de 1844 sur les brevets d'invention et de la loi de 1857 sur les marques de fabriques (V. lois du 23 mai 1868, 3 septembre 1878, 5 juillet 1881, 30 octobre 1888). Mais toutes ces mesures n'impli-

[1] 2 juin 1890, *Journal de droit int. pr.*, 1890, p. 659.

Digitized by Google

quent nullement que d'une manière générale les produits étrangers doivent à raison d'une prétendue fiction d'exterritorialité, être réputées se trouver hors de France.

Divorce. — Compétence entre étrangers.

La jurisprudence n'accueille plus aussi favorablement qu'autrefois l'exception d'extranéité soulevée par le défendeur étranger. L'ordre public exige que tout plaideur puisse trouver des juges. Si donc, en fait, il n'est pas démontré que les parties pouvaient aisément obtenir justice à l'étranger, les tribunaux retiennent la connaissance de l'affaire. Cette nouvelle orientation de la jurisprudence s'accuse surtout en matière de divorce. La Cour d'appel de Paris a rendu divers arrêts, au cours de l'année dernière, qui témoignent de sa préoccupation d'éviter des dénis de justice. (V. notamment 8 août 1890, *Journal int. privé*, 1890, p. 890). On avait précédemment fait fléchir la règle d'incompétence vis-à-vis des individus sans patrie qui sont domiciliés en France. Suivant une doctrine que l'on peut considérer comme acquise, les *heimathlosen* sont régis, à défaut de loi nationale, par la loi de leur domicile. La compétence des tribunaux français à leur égard est donc pleinement justifiée. Ce tempérament n'a pas suffi. Il arrive parfois que des étrangers ne peuvent trouver de juges dans leur pays soit parcequ'ils n'y sont plus domiciliés, soit pour d'autres motifs. Ainsi, les tribunaux belges refusent compétence aux nationaux fixés à l'étranger. Dans ce cas encore l'ordre public impose à nos tribunaux, sous peine de déni de justice, de donner accès aux plaideurs.

Ne faut-il pas aller plus loin et reconnaître aux juges français le droit de statuer par le seul fait que les époux n'ont pas de domicile à l'étranger, sans se préoccuper de savoir si les tribunaux nationaux se déclareraient ou non compétents. Il nous semble qu'en matière de divorce, d'absence, d'interdiction, de faillite, le tribunal du domicile est mieux en situation qu'aucun autre d'apprécier les griefs qui motivent la demande. Il s'agit de faits qui ne peuvent être bien jugés que là où ils se sont passés. Faudra-t-il contraindre les plaideurs à s'adresser d'abord à leurs

Digitized by Google

juridictions nationales pour essayer d'obtenir d'elles un jugement? Pourquoi leur imposer des déplacements coûteux et souvent une double procédure? Et puis, à quel tribunal national devront s'adresser des plaideurs qui ont quitté leur pays depuis de longues années et n'y ont plus conservé d'attaches. Enfin n'est-il pas choquant que la compétence de nos tribunaux dépende de l'appréciation des juges étrangers. On a dit, et c'est l'objection la plus sérieuse, que les autorités nationales n'accepteront pas la décision d'une juridiction étrangère, bien qu'il ait été fait application aux parties de leur statut personnel. En fait, ce danger n'est guère à redouter, car dans la plupart des pays, la jurisprudence incline à reconnaître les jugements étrangers statuant sur l'état des nationaux, de même qu'elle admet la compétence entre étrangers domiciliés. En France même, cette tendance se manifeste (V. *Revue critique*, 1888, p. 422, nos observations sur un jugement du tribunal de la Seine du 2 août 1889).

La *Revue critique de droit int. privé*, (1890-91. 2. 69, note 5), cite un autre jugement de ce tribunal, du 28 janvier 1891, qui accepte la compétence du juge étranger entre Français. Espérons qu'on finira par reconnaître que dans les rapports internationaux, comme dans les rapports internes, le juge naturel pour connaître de tous les procès autres que les procès immobiliers est celui du domicile du défendeur. CHAUSSE.

Commentaire de la loi qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé (art. 767 et 255, C. civ.).

par M. Auguste Souchon, docteur en droit.

Une loi toute récente promulguée le 9 mars 1891 est venue apporter de profondes modifications aux droits du conjoint survivant dans la succession de son conjoint prédécédé.

Cette loi a été rendue nécessaire par une évidente imperfection du Code civil.

Digitized by Google

L'art. 767, décidait que : Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent en pleine propriété au conjoint non divorcé qui lui survit.

Ainsi, sous l'empire de cet article, toutes les fois qu'un conjoint survivant se trouvait en concours avec un héritier de quelque ordre qu'il pût être, fût-ce un enfant naturel, il n'avait à recueillir aucune part de la succession. En fait, on peut presque dire, tant étaient rares les successions *ab intestat* déférées à l'époux, qu'il était exclu de la dévolution.

Il y avait là une solution qui ne s'harmonisait en aucune façon avec les principes généraux de notre législation. C'est que la règle directrice qui a guidé les rédacteurs du Code civil dans les questions de succession *ab intestat*, c'est la recherche des affections présumées du défunt, — c'est le souci de refaire le testament, comme l'aurait probablement fait le *de cujus* lui-même. Il est vrai que le Code ne s'est pas toujours attaché avec grande fermeté aux applications de son principe. Ses rédacteurs n'ont pas fait complète abstraction de la tradition qui venait jusqu'à eux, et dans laquelle les droits, considérés comme supérieurs, de la famille légitime primaient toutes autres considérations. C'est ainsi qu'ils ont été entraînés à faire aux enfants naturels une place peut-être trop sacrifiée; c'est ainsi qu'ils ont admis, entre les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers, une distinction qui manque de base rationnelle et ne peut s'expliquer que par l'influence historique.

Il n'en est pas moins vrai que nos règles de dévolution de succession *ab intestat* sont, en principe, une recherche d'intention. — Or il semble qu'une pareille idée aurait dû conduire à faire la part particulièrement belle au conjoint survivant, que dans une recherche d'affections on n'aurait pas dû omettre celles qui naissent du mariage. Et cependant l'art. 767 était plus dur pour le conjoint survivant que toutes les législations qui se sont succédées jusqu'à nous, dans lesquelles le principe de la conservation des biens dans la famille légitime avait pourtant une vitalité qu'il n'a plus aujourd'hui.

A. *Rome.* — A Rome le droit successoral aux primitives

Digitized by Google

époques était tout entier rattaché à l'idée d'unité de la famille civile. La femme en tant qu'épouse n'avait aucun droit de succession; mais le plus souvent, sinon toujours, elle était *in manu mariti*, pénétrait, grâce à la *manus*, dans la famille du mari, et y trouvait, à côté des liens de puissance qui l'y enserraient, des droits importants, et notamment celui de succéder à une part d'enfant, comme *filiafamilias*. Quand la *manus* tomba en désuétude, la femme fut dorénavant toujours étrangère à la famille civile du mari et elle aurait perdu tous droits sur sa succession, si le préteur n'avait porté remède à cette situation. Mais il créa la *bonorum possessio unde vir et uxor*; il fit du conjoint survivant un des héritiers de son droit honoraire. La place qu'il lui assignait n'était du reste guère enviable.

Il le reléguait presque au dernier rang des « *bonorum possessores* ». Après lui ne venaient que les cognats du *manumissor* et le fisc.

A dater d'une constitution de l'empereur Théodose II et Valentinien III[1], il n'y eut même plus après le conjoint survivant d'autres successibles que l'État.

Ainsi organisée, la *bonorum possessio unde vir et uxor* est bien la première origine de l'art. 767, C. civ.

Les Romains ne devaient pas cependant s'en tenir définitivement à cette solution; et Justinien la modifia profondément en faveur du conjoint survivant : Il créa une institution toute nouvelle qui est la quarte du conjoint pauvre.

Grâce à cette quarte, telle qu'elle fut définitivement organisée, la femme pouvait, quand elle était dans la misère, réclamer le quart des biens de son mari, tantôt en pleine propriété, tantôt en usufruit, suivant qu'elle était en concours avec des étrangers ou avec des enfants[2].

Du reste l'idée d'un droit d'usufruit, que nous voyons ici apparaître pour la première fois, ne fut pas le dernier mot de la législation Byzantine, et une constitution de Léon le Philosophe

[1] Cette constitution insérée au code Théodosien y forme la loi 9, *De legis hered.*, V, 17. Elle est reproduite au code de Justinien (L. un. C. V, *Vir et uxor*, VI, 18.

[2] Novelles 53 de l'an 537 et 117 de l'an 542.

Digitized by Google

vint accorder à la veuve, dans toutes les hypothèses, la pleine propriété des biens composant sa quarte.

B. *Ancien droit.* — Si nous passons maintenant à notre ancien droit, nous devrions *a priori* nous attendre à y trouver une sévérité toute spéciale à l'égard de l'époux survivant, c'est que les droits de cet époux sont rivaux de ceux de la famille légitime et qu'aucune législation, plus que notre ancien droit, ne s'est inspirée du désir de protéger la famille considérée comme la grande force sociale et politique.

Cependant nous allons voir qu'ici encore les droits du conjoint n'ont pas été sacrifiés, et que notre ancienne jurisprudence avait su être plus équitable à son égard que ne devait l'être le Code de 1804.

a) *Pays de droit écrit.* — Dans les pays de droit écrit la *bonorum possessio unde vir et uxor* avait pénétré avec l'ensemble de la législation romaine. Elle y formait la base du droit successoral du conjoint survivant.

Mais les règles de cette *bonorum possessio* étaient corrigées par toute une série de faveurs qui venaient singulièrement améliorer la situation du dernier mourant. Je fais allusion aux gains de survie. Ils étaient nombreux dans les pays de droit écrit. Sans avoir la prétention de les analyser, je me bornerai à indiquer les principaux[1] : D'abord la quarte du conjoint pauvre, accordée maintenant au veuf, comme à la veuve ; puis l'augment de la dot, permettant à la femme de prendre tantôt en usufruit, tantôt en pleine propriété une partie de la fortune de son mari ; le contre-augment de la dot qui était pour le mari la faveur correspondant à ce qu'était l'augment pour la femme ; venaient ensuite quantité de gains de survie moins importants et accordés le plus souvent à la femme seulement. Tels étaient les droits de *deuil*, de viduité, d'habitation, et ce droit de bagues et joyaux qui permettait à la femme de se consoler sur la succession de son mari de ses oublis de galanterie.

b) *Droit coutumier.* — Dans les pays de droit coutumier, l'idée de *bonorum possessio unde vir et uxor* avait pénétré plus difficilement. Il semble bien que les lois barbares faisaient une place dans la dévolution des successions *ab intestat* au conjoint

Digitized by Google

survivant. Mais la tradition dut se perdre, et aux époques féodales le seigneur haut justicier venait s'emparer de la succession en l'absence de parents du sang, sans que l'époux pût y prétendre. Cette exclusion ne fut, du reste, pas définitive, et à la fin de notre ancien droit, comme la loi romaine, les pays de droit coutumier faisaient passer le conjoint survivant après les autres héritiers, mais avant le fisc [1].

Du reste, comme dans les pays de droit écrit, il y avait des gains de survie. Ils étaient, il est vrai, moins nombreux et moins importants. Mais l'époux survivant pouvait trouver de grands avantages à l'application de certaines règles coutumières. D'abord, le régime ordinaire des pays de coutume était le régime de communauté — qui, avec son principe du partage, est éminemment favorable au plus pauvre des conjoints et lui donne un avantage qui peut valoir mieux que la quarte.

Ensuite, il y avait dans notre ancien droit coutumier une institution singulièrement avantageuse pour la veuve, c'était le *douaire*. Grâce au douaire, la femme survivante avait en usufruit une part considérable de la fortune de son mari [2].

c) *Droit intermédiaire et Code civil.* — Lors de la loi de nivôse an II, on voulut faire disparaître tout ce qui, dans l'ancienne législation, avait un caractère de faveur. On abolit tous les gains de survie, et avec eux furent emportés notamment la quarte du conjoint pauvre et le douaire. L'époux survivant n'eut donc plus que ce qui était pour lui comme la base du droit successoral, la continuation de la *bonorum possessio vir et uxor*, le droit de recueillir la succession en l'absence de tous héritiers du sang.

Il est assez intéressant de noter que la situation ainsi créée au conjoint survivant, et qui est exactement la solution de l'art. 767 du Code civil, date déjà des lois de la Révolution.

[1] Ces solutions semblent bien justifiées pour les époques barbares par deux textes dont l'un est emprunté à la loi des Visigoths (liv. IV, t. II, § II) et l'autre à la loi des Bavarois (liv. XIV, ch IX, § 4) quant à ce droit du seigneur haut justicier il est indiqué encore par Loysel (II, 5, 26, règle 342).

[2] La quotité du droit de la femme variant suivant les coutumes, son usufruit portait sur la moitié de la fortune du mari à Paris et à Orléans, sur un tiers en Normandie, en Bretagne et en Poitou. La quotité variait aussi quelquefois suivant la nature des biens ou la qualité des personnes.

Digitized by Google

C'est une remarque qui vient singulièrement à l'appui de l'opinion d'après laquelle les rédacteurs du Code auraient bien volontairement rédigé l'art. 767 tel qu'il nous est parvenu. On a dit souvent, au contraire, que cette rédaction avait été le résultat d'une erreur matérielle dans laquelle on aurait confondu l'usufruit accordé par l'art. 754, C. civ., aux pères et mères, avec un usufruit accordé au conjoint survivant. Mais outre qu'une pareille erreur est difficilement présumable d'une assemblée composée, comme l'était le Conseil d'État de 1804, on peut parfaitement croire que les rédacteurs du Code ont voulu sanctionner l'état de choses qu'avait créé la loi de nivôse an II.

Quelle que soit la vérité sur ces incidents de rédaction, il est certain que l'art. 767 devait donner lieu à bien des critiques. Il faut reconnaître que le Code civil atténuait sa rigueur par bien des dispositions. D'abord, à la différence de l'ancien droit, il donnait aux conjoints une grande liberté à l'effet de se faire des libéralités entre-vifs ou testamentaires, — ensuite il rétablissait certains gains de survie tels que les droits de deuil et d'habitation, — enfin les époux pouvaient dans leurs conventions matrimoniales se faire des avantages que la loi ne considérait même pas comme des donations, tels que le préciput, ou le droit accordé au survivant de prendre la communauté toute entière lors de sa dissolution.

D. *Lois postérieures aux Codes.* — Après le Code civil, certaines lois vinrent encore améliorer la situation de l'époux dernier mourant.

a) Je ne citerai que pour mémoire, les art. 48 et 49, du décret du 1er mars 1808, donnant des droits spéciaux aux veuves des titulaires de majorats.

b) D'autres textes attribuent des droits sérieux aux veuves des fonctionnaires civils et militaires. Les unes et les autres ont droit à une rente viagère accordée dans certaines conditions déterminées, pour les veuves des militaires, par l'art. 19 de l'ordonnance du 11 avril 1831, et pour les veuves des fonctionnaires civils, par les art. 13 et 14, de la loi du 9 juin 1853.

c) Dans le même ordre d'idées la loi du 14 juillet 1866 est particulièrement intéressante. Elle est relative aux droits d'au-

Digitized by Google

teurs et décide que le conjoint survivant d'un auteur, quelles que soient d'ailleurs ses conventions matrimoniales, peut exercer les droits de propriété littéraire pendant cinquante ans après le décès de cet auteur, à moins qu'il n'y ait une cause de déchéance qui peut résulter soit de ce que les deux époux étaient séparés de corps, et que la séparation avait été prononcée contre le survivant, — soit de ce que ce survivant se remarie.

Loi de 1891.

Préparation. — Malgré ces atténuations, les unes faisant partie du Code civil, les autres postérieures, le système dont la base était l'art. 767 était particulièrement rigoureux pour l'époux survivant.

Il laissait le conjoint sans ressources, et le dépouillait au profit de collatéraux peut-être éloignés, toutes les fois qu'il n'avait pas d'avantages résultant de son contrat de mariage ou des lois spéciales, et que d'autre part le prémourant avait négligé, ou peut-être s'était trouvé dans l'impossibilité de faire un testament. Aussi l'art. 767 avait-il été l'objet de vives critiques.

Dès 1851, la modification de cet article fut proposée et un projet de loi, dont Victor Lefranc fut rapporteur, semblait devoir faire accorder tout au moins une pension alimentaire à l'époux exclu par l'art. 767 de la succession du prédécédé. Cette proposition ne fut jamais discutée. La législature se termina avant qu'elle vint à l'ordre du jour.

C'est seulement en 1872, que l'idée d'une modification de l'art. 767 fut reprise par M. Delsol. Sa proposition n'ayant pas abouti avant la dissolution de l'Assemblée nationale, il la reproduisit en 1877 devant le Sénat, et après treize ans de modifications et de discussions souvent singulièrement interrompues elle est devenue la loi du 9 mars 1891.

Pour étudier ses difficultés nous allons successivement rechercher :

1° Quelle est la part attribuée au conjoint survivant dans la fortune du prédécédé, l'époux mort sans testament?

2° A quel titre juridique le conjoint vient-il recueillir cette part ?

Digitized by Google

I. — *Part accordée au conjoint survivant dans la succession du prédécédé par la loi de 1891.*

Le texte du nouvel article 767 prévoit deux hypothèses bien distinctes.

A. La première est celle où l'époux n'est en concours avec aucun autre successible que l'État. C'est le cas prévu par l'art. 767 du C. civ. Comme le Code civil, la loi de 1891 donne alors à l'époux survivant la totalité de la fortune du prémourant. Cependant ici même, les deux lois ne sont pas en parfaite concordance. C'est que le législateur de 1891 se préoccupe d'un cas qui semble avoir échappé aux rédacteurs du Code civil : c'est celui où il y avait eu séparation de corps entre les deux époux. Sous l'empire du C. civil, cette séparation de corps était sans influence sur les droits successoraux des conjoints. Avec la loi nouvelle le survivant perd par suite de la séparation de corps ses droits de succession, si c'est lui qui avait succombé dans l'instance en séparation.

Cette solution répond à une donnée morale extrêmement simple. Elle semblait préparée par des dispositions analogues de la loi du 19 juin 1853, sur les pensions civiles et du 14 juillet 1866, sur la propriété littéraire. Elle est en outre en harmonie avec certaines règles de notre droit civil, puisque d'après l'article 299, largement interprété par les tribunaux, la séparation de corps fait perdre à l'époux condamné tous les avantages qu'il peut avoir reçus de son conjoint. Cette innovation du nouvel art. 767 a été cependant très vivement critiquée au cours de la discussion. La Chambre avait même voté un texte qui la repoussait et au Sénat son système avait été énergiquement défendu par M. Demole [1]. Mais le terrain de discussion choisi par les adversaires de la rédaction nouvelle ne semblait guère devoir leur assurer le succès. Pour eux, la séparation de corps ne serait pas une suffisante présomption d'absence d'affection entre les deux époux, pour qu'il soit permis d'en conclure une déchéance successorale. Peut-être pourrait-on dire plutôt que la solution nouvelle est critiquable surtout à raison de ce trait, que c'est l'époux condamné en séparation de corps qui est seul privé de son droit

Digitized by Google

d'hérédité. En réalité les liens ont été rompus par la séparation d'un côté, comme de l'autre; et il serait plus logique d'assimiler, au point de vue successoral, les effets de cette séparation à ceux du divorce, de dire qu'elle fait complétement disparaître les droits de succession entre époux, sauf peut-être cependant à laisser subsister entre eux les droits de pension alimentaire, que nous allons voir établis par la loi nouvelle.

B. La seconde hypothèse prévue par le nouvel art. 767 est celle où le conjoint est en concours avec des successibles autres que l'État. C'est alors que la loi de 1891 innove complétement. — Sous l'empire du Code civil, le conjoint survivant était absolument exclu de la succession. Désormais il en aura toujours une part; quels que soient d'ailleurs les héritiers avec lesquels il vient en concours, quand bien même ils seraient des plus proches, quand bien même ils seraient des enfants légitimes. Mais jamais cette part ne sera accordée au conjoint survivant en pleine propriété. C'est toujours un droit d'usufruit qui lui sera donné.

M. Delsol avait d'abord proposé sur ce point un système mixte. Suivant lui, l'époux devait hériter tantôt en propriété, tantôt en usufruit : en propriété, s'il n'y avait pas d'héritiers jusqu'au sixième degré; en usufruit, s'il y avait des héritiers avant le sixième degré.

Mais cette première idée fut bien vite abandonnée, et on fut bientôt d'accord pour considérer comme trop lésive pour la famille légitime la dévolution à l'époux d'un droit de pleine propriété.

D'un autre côté, la création d'un droit de jouissance n'était pas sans inconvénients. L'usufruit, il est vrai, avait cet avantage d'assurer le sort du conjoint survivant sans porter une définitive atteinte aux droits de la famille du prédécédé. Mais d'autre part un usufruit est au point de vue économique quelque chose de toujours regrettable. C'est en même temps une entrave à la libre circulation des biens et un danger pour leur bonne administration. Les rédacteurs de la loi nouvelle ont pensé qu'il ne leur était pas permis de négliger ces inconvénients, et c'est pourquoi tout en admettant le principe de l'usufruit, ils décident que ce droit pourra être transformé en un rente viagère servie au conjoint survivant. La rente viagère ne donne au crédi-rentier qu'un droit personnel.

Digitized by Google

Elle n'a pas en conséquence les inconvénients économiques de l'usufruit, qui tiennent à la réalité de ce droit.

Mais précisément parce que c'est un droit purement personnel, la rente viagère donne moins de sécurité à son titulaire que l'usufruit. Le problème revenait donc à permettre la transformation de l'usufruit en rente viagère, et à sauvegarder en même temps les droits du conjoint survivant. Il est résolu dans le § 6 du nouvel art. 767, d'après lequel « jusqu'au partage définitif, les héritiers peuvent exiger, moyennant sûretés suffisantes, que l'usufruit de l'époux survivant soit converti en une rente viagère équivalente; s'ils sont en désaccord, la conversion sera facultative pour les tribunaux. »

Il est un point sur lequel ce texte demande quelques explications. Les héritiers, dit-il, devront opter avant « le partage définitif. » Or tout d'abord on conçoit bien qu'on ait imparti un délai aux héritiers; mais le terme adopté est-il est très bien choisi? Il est permis d'en douter. C'est précisément le partage qui va définitivement régler la situation des héritiers, et c'est beaucoup suivant la nature des biens qui leur auront été dévolus, qu'ils seront portés à prendre parti pour l'usufruit ou la rente viagère. On leur impose donc l'option à un moment où ils n'ont pas les éléments nécessaires pour la faire en complète connaissance de cause.

En outre, en nous parlant de partage définitif, on paraît oublier qu'il est un cas tout au moins où il semble n'y avoir pas de partage; c'est celui où il y a un seul héritier.

La Chambre des députés avait aperçu l'objection et voté un texte qui donnait l'option aux héritiers « jusqu'au partage, ou dans le délai d'un an après le décès ». Le Sénat l'a modifié, estimant qu'il y a toujours un partage, ne fût-ce qu'entre l'héritier unique et l'époux appelé à une quote-part d'usufruit.

Détermination de la part d'usufruit du conjoint survivant. — Après avoir ainsi déterminé la nature du droit accordé au conjoint survivant par le nouvel art. 767, il nous reste à voir quelle est la quotité de ce droit.

Or, cette quotité varie suivant que le conjoint survivant est en concours avec des enfants du *de cujus* ou au contraire avec d'autres héritiers.

Digitized by Google

a) Le conjoint survivant est en concours avec des enfants du de cujus. — En principe son droit d'usufruit porte sur le quart de la succession, mais encore faut-il pour cela que les enfants laissés par le *de cujus* soient nés du mariage avec le conjoint survivant; s'ils sont d'un premier lit, les droits de ce conjoint sont restreints. Ils ne portent plus que sur l'usufruit d'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que cette part puisse jamais excéder le quart. Cette restriction est bien certainement inspirée par l'article 1098, dont les termes sont exactement reproduits; la concordance entre les deux dispositions n'est cependant pas rigoureusement exacte, puisque l'art. 1098 a trait à une part d'enfant le moins prenant en pleine propriété, et qu'ici il s'agit d'usufruit. On comprend néanmoins que la loi nouvelle ait diminué le droit du conjoint en concours avec des enfants d'un premier lit : c'est que peut-être dans la fortune laissée par le *de cujus*, il y a une portion qui vient du premier époux; c'est que, d'autre part, les économies que pourra faire le survivant usufruitier reviendront toujours aux enfants communs, et ne reviendraient pas aux enfants d'un premier lit.

b) Le conjoint est en concours avec des héritiers autres que des enfants. — Le droit à l'usufruit porte alors non plus sur un quart, mais sur une moitié de la fortune du *de cujus* et cela sans distinction suivant le degré des héritiers laissés par le *de cujus.* — Au cours de la discussion des observations ont été faites sur ce qu'il y a d'un peu étrange à traiter de la même façon le conjoint en concours avec des frères et sœurs et celui en concours avec des parents au 12e degré ; mais on a repoussé toute idée de gradation à établir dans la quotité du droit d'usufruit, pour éviter, a-t-on dit, des complications qui seraient regrettables dans une matière aussi pratique. Cette identité de solution dans des situations très différentes n'en est pas moins quelque chose d'un peu étrange et d'assez contradictoire avec d'autres règles de nos lois, celles, par exemple, qui organisent la dévolution de la succession aux enfants naturels.

Formation de la masse sur laquelle doit porter le droit d'usufruit. — Après avoir ainsi déterminé la quote-part du

Digitized by Google

droit d'usufruit, il reste à déterminer comment se calculera le montant de ce droit d'usufruit, et sur quels biens il portera.

Sur ce point la difficulté a semblé singulièrement délicate aux rédacteurs de la loi, et nous allons voir que la solution à laquelle ils se sont arrêtés est tout à fait remarquable.

La grosse question qui se posait était celle de savoir si on compterait seulement dans la masse servant à calculer le droit du conjoint les biens présents dans la succession du prédécédé, et quel serait au point de vue de la formation de cette masse le sort des biens donnés ou légués par lui.

a) Pour ce qui est des biens donnés ou légués à des étrangers, il n'y avait pas de difficultés possibles. Ils sont définitivement sortis de la succession, à l'égard de l'époux qui n'est pas réservataire; et par conséquent ils ne comptent en aucune façon dans la détermination de son droit.

b) Quant aux libéralités faites par le prémourant au conjoint survivant, la solution de la loi en ce qui les concerne est éminemment simple : « L'époux cessera d'exercer son droit d'usufruit dans les cas où il aurait reçu du défunt des libéralités même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits que la loi lui attribue. Si ce montant lui était inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément de son usufruit. » Ainsi le conjoint survivant devra toujours précompter les libéralités qui lui auront été faites; même quand elles l'auront été avec clause de préciput.

Il y a là une règle, qui ne peut guère s'expliquer que par un caractère tout spécial de la loi nouvelle. Ce que l'on a voulu éviter, en donnant un droit de succession au conjoint, c'est que la mort de son époux ne soit pour lui une cause de déchéance sociale par appauvrissement. Dès lors là où cet appauvrissement a été prévenu par des libéralités, le droit de succession devenait inutile.

Du reste la loi, en ordonnant cette imputation, néglige de s'expliquer sur un point important. Elle nous parle de libéralités dont le montant atteindrait *celui* des droits que la présente loi attribue au conjoint? — Mais que faut-il entendre par là? De-

Digitized by Google

vra-t-on considérer l'époux comme rempli de ses droits quand il aura par exemple reçu en pleine propriété une donation du quart des biens, qu'on estimera équivalente à une moitié en usufruit? Faudra-t-il dire au contraire que l'époux n'est privé de son droit de jouissance que quand il a *reçu* en *revenus* ce que lui vaudrait son droit d'usufruit? Le texte que j'ai cité semble favorable à une évaluation des dons en pleine propriété relativement à l'usufruit : « Des libéralités dont le *montant* atteint *celui* des droits que la loi lui attribue. » Mais d'autre part, ce texte n'est pas absolument décisif, et il semble conforme à l'esprit général de la loi de ne pas limiter les droits de l'époux, tant qu'il n'a pas les revenus que cette loi a voulu lui assurer. Peut-être y a-t-il dans ce doute place pour certaines difficultés de la pratique de demain.

c) *Libéralités faites aux héritiers.* — Deux systèmes se trouvaient ici en présence. Dans l'un — c'était celui de la Chambre des députés — on aurait imposé le rapport aux héritiers, en faveur de l'époux suivant les règles ordinaires.

Dans l'autre au contraire, — ce fut un moment celui du Sénat, — on n'aurait tenu aucun compte, pour la détermination des droits du conjoint, des biens donnés aux héritiers. On les aurait considérés comme définitivement sortis de la succession, absolument comme les biens donnés aux étrangers.

Les partisans du rapport invoquaient le droit commun, montraient le rapport fait aux enfants naturels, se demandaient pourquoi on le refuserait à l'époux, d'autant mieux, disaient-ils, que la dispense de rapport à l'égard de l'époux peut réduire à rien les bonnes intentions qu'a pour lui la loi nouvelle. Le droit qui lui est accordé pourrait, en effet, disparaître, étouffé sous des libéralités, qui, dans la pensée du *de cujus*, n'avaient pas cette conséquence, étaient de simples avancements d'hoirie, le plus souvent des dots fournies aux enfants.

A cette argumentation on objectait d'abord que l'intention du *de cujus* avait été probablement de soustraire les biens donnés aux droits d'usufruit de son conjoint survivant. L'argument était de bien peu de force pour des donations faites sans clause de préciput. On mettait ensuite en relief les inconvénients qu'il y avait

Digitized by Google

à établir un rapport nouveau qui allait frapper d'une demi indisponibilité grand nombre de biens[1].

Après bien des discussions le Sénat arriva à une rédaction qui est celle de la loi, et qui a le grand avantage de donner à l'époux tout au moins une partie des avantages du rapport, sans, d'autre part, grever les biens donnés entre les mains du donataire.

D'après cette rédaction l'époux a droit à un rapport fictif. On comptera les biens donnés aux successibles sans dispense de rapport, pour calculer le droit de l'usufruitier; mais ce calcul une fois fait, le droit ne pourra porter que sur les biens présents dans la succession. Il ne pourra jamais atteindre les biens donnés dont le rapport n'aura été qu'une fiction de calcul.

Cette conception est absolument nouvelle dans nos lois, elle se rapproche beaucoup, il est vrai, des règles établies par les articles 921 et 922, du C. civ., en matière de quotité disponible, sans cependant se confondre absolument avec elles. C'est que le rapport fictif de l'art. 922 porte sur tous les biens donnés, même à des étrangers, tandis que celui de la loi de 1891 n'atteint que les biens donnés aux successibles sans dispense de rapport.

Droits de réserve et de retour. — Ce n'est pas seulement le droit des donataires qui vient limiter l'usufruit du conjoint. En outre, cet usufruit, nous dit la loi, ne doit porter atteinte ni aux droits de réserve, ni à ceux de retour.

a) Droits de réserve. — C'est-à-dire que si sur l'ensemble des biens du *de cujus* calculés, comme je viens de l'indiquer, il en est qui composent la réserve d'un héritier, le conjoint ne pourra pas les atteindre; comme les biens donnés, ils seront comptés pour le calcul du droit; ce droit pourra être limité par la nécessité de les laisser libres.

b) Droits de retour. — L'usufruit du conjoint ne portera pas sur les biens composant la succession anomale. Mais il y a deux façons de comprendre cette exclusion : Assimilera-t-on les biens, objets du droit de retour, aux biens donnés à des héritiers sans clause de préciput, en ce sens qu'on les compterait pour le calcul du droit d'usufruit? Les considérera-t-on, au contraire,

[1] Cette demi indisponibilité résulte des règles établies par les art. 859 et 865, C. civ.

Digitized by Google

comme faisant partie d'une succession spéciale, étrangère à la succession ordinaire, sur laquelle l'usufruitier prélève sa quote-part? Cette seconde conception serait peut-être la plus conforme aux principes généraux sur les successions anomales, qui sont bien des successions spéciales, ouvertes à côté de la succession ordinaire.

Mais le législateur de 1891 a semblé par les termes assimiler ici les droits de réserve et de retour, et il est bien certain qu'on comptera dans la masse servant à calculer l'usufruit tous les biens du défunt — et non pas ces biens, déduction faite de la réserve. — On peut en conclure qu'il doit en être de même pour les biens soumis au retour.

Causes de déchéance. — Pour en terminer avec la détermination des droits du conjoint survivant il me reste à indiquer qu'ils peuvent être perdus par deux causes de déchéance, qui sont : 1° le second mariage, à condition qu'au moment de sa célébration il existe des descendants du *de cujus;* 2° la séparation de corps, à condition qu'elle ait été prononcée par l'époux survivant.

Ici retrouveraient leur place les observations faites sous le § 1 de l'ancien art. 767.

Mais en dehors de ces deux causes de déchéance le droit d'usufruit est toujours accordé dans la mesure où je l'ai indiqué, sans qu'il soit diminué, parce que le conjoint survivant devrait déjà à son contrat de mariage des gains en cas de survie. Peut-être même est-ce la lacune la plus frappante de la loi nouvelle.

Il est des cas où le contrat de mariage donne au survivant de sérieux avantages. Il en est aussi, par exemple, quand il y a un préciput réservé au dernier mourant — ou encore quand le contrat de mariage attribue la communauté toute entière au survivant. Il semble qu'on aurait dû tenir compte de ces hypothèses, tenir compte aussi des gains de survie légaux, tels que les droits de *deuil* et d'habitation établis par les art. 1481 et 1570, et imputer tous ces avantages sur l'usufruit du survivant. La loi ne l'a pas fait! Le droit de succession qu'elle confère a un taux uniforme auquel le contrat de mariage ne change jamais rien. C'est une étrangeté, qui peut, dans certains cas, faire à l'époux une situation manifestement trop avantageuse.

Digitized by Google

La même *inelegantia juris* peut aussi résulter d'avantages qui tiennent non plus aux conventions matrimoniales, mais à certaines lois spéciales.

J'ai cité déjà, parmi les précédents législatifs de la loi de 1891, celle de 1866 sur les droits d'auteur. Nous avons vu que cette loi donne à la veuve les droits de l'auteur pendant cinquante ans après son décès. Il aurait semblé naturel ou de rapporter la loi de 1866 devenue inutile avec la législation nouvelle, ou tout au moins de précompter les droits d'auteur accordés au conjoint survivant sur sa part d'usufruit. C'est ce que proposa, lors de la dernière discussion au Sénat, M. Bozérian, s'inspirant en partie d'un article de M. Lyon-Caen, paru dans le *Droit* du 30 novembre 1890.

Mais l'amendement arrivait à un moment où on n'avait plus que la préoccupation d'en finir rapidement avec la rédaction de la loi. Il fut rejeté — et il semble bien résulter de la discussion qu'on appliquera cumulativement la loi de 1866 et celle de 1891 — qu'on accordera au conjoint survivant d'abord les droits d'auteur, ensuite l'usufruit de la moitié ou du quart du reste la fortune. Ce résultat est certainement regrettable — et ici, comme dans le cas des gains de survie, on est amené à donner au conjoint survivant un avantage excessif, que rien ne justifie. Il est permis d'espérer que cette anomalie disparaîtra avec une refonte de la loi de 1866, que bien d'autres imperfections de cette loi rendent désirable.

II. — *A quel titre juridique le conjoint vient-il prendre la part de succession qui lui est accordée par la loi?*

En changeant complétement les caractères du droit du conjoint, la loi n'a pas changé ceux de sa vocation héréditaire. Sous l'empire du nouvel art. 767, comme sous le Code civil, l'époux n'est jamais un héritier réservataire et est toujours un successeur irrégulier.

A. L'époux n'est jamais un héritier réservataire. La loi a pensé qu'il serait excessif d'obliger un époux à laisser une part de sa fortune à son conjoint. Il peut, en effet, exister dans un ménage des causes sérieuses de discorde qui n'ont pas entraîné de séparation judiciaire, mais dont l'époux doit être maître de

Digitized by Google

tenir compte lors de la manifestation de ses dernières volontés.

Cependant, tout en reconnaissant ce principe de liberté, on a été préoccupé d'éviter que les caprices du prédécédé ne puissent, sans raison, jeter dans la misère, un époux sans fortune personnelle, et on a corrigé l'absence de réserve en accordant au survivant un droit à une pension alimentaire contre la succession même de son conjoint. Cette idée d'une pension alimentaire contre la succession a reçu dans le projet de Code civil allemand une considérable extension. Elle y remplace tous les droits de réserve. Dans notre droit, elle n'est pas absolument nouvelle. Elle existe déjà pour les enfants adultérins ou incestueux qui ont également droit à une pension alimentaire contre la succession de leurs pères ou mères. L'organisation d'un droit aussi spécial ne va cependant pas sans difficultés. Ces difficultés peuvent toutes se ramener à deux questions : *a*) Qui devra payer la pension alimentaire? *b*) Comment le paiement sera-t-il assuré?

a) *Qui devra payer la pension?* — Le nouvel art. 205 fait ici une simple application des règles du droit commun. La dette alimentaire est une dette de succession. Ceux qui devront la payer seront ceux-là même qui doivent acquitter les dettes de la succession, c'est-à-dire tous les héritiers, proportionnellement à leur émolument, et en cas d'insuffisance, les légataires particuliers, ce qui n'est qu'une application de la règle : « *Bona non intelliguntur...* »

Le tout, sauf application de l'art. 927 du C. civ. pour le cas où le testateur aurait formellement exprimé sa volonté quant au règlement des dettes.

Il n'y a sur tous ces points qu'une règle spéciale, c'est que la réclamation devra avoir lieu dans l'année qui suit le décès ou avant la fin du partage, si ses opérations ont duré plus d'un an.

b) Sur notre seconde question, qui consiste à rechercher comment le paiement de la pension sera assuré, la loi est moins précise. Tout d'abord on avait proposé de dire : le capital de la pension sera prélevé sur l'hérédité. Il y avait là une solution tout au moins fort nette. Mais dans le rapport préparatoire de la dernière discussion au Sénat, le rapporteur fit remarquer que ce prélèvement était inutile. L'époux créancier de la pension ali-

Digitized by Google

mentaire, sera, disait-il, suffisamment protégé par la séparation des patrimoines et l'inscription de son privilège.

Il semble qu'une pareille idée aurait dû conduire à la suppression de tout prélèvement. Cette suppression ne fut cependant pas la conséquence de l'observation du rapporteur. On ne dit plus, il est vrai, « le capital de la pension est prélevé, » mais on dit « encore la pension est prélevée. » Que faut-il entendre par ces derniers termes? Rien ne l'indique dans la discussion. Mais il est bien difficile de concevoir le prélèvement, comme autre chose qu'un prélèvement du capital ; et je crois qu'il faut dire, que malgré l'observation du rapporteur et le changement de termes, le droit au prélèvement du capital subsiste dans la rédaction définitive, en faveur de l'époux créancier.

D'ailleurs si on voulait le lui refuser en s'appuyant sur les obscurités de la discussion, il pourrait l'obtenir indirectement, en inscrivant son privilège de séparation des patrimoines, et en ne consentant mainlevée de son inscription qu'en échange du prélèvement ou de sûretés équivalentes. C'est ce que font dans la pratique les légataires de rentes, et l'époux créancier de la pension alimentaire n'aura qu'à les imiter pour assurer son droit.

B. L'époux est un successeur irrégulier. Il est successeur irrégulier non seulement dans le cas d'application de l'ancien art. 767, mais encore quand il a un droit d'usufruit en vertu de la loi nouvelle.

C'est un point sur lequel on a été constamment d'accord pendant la discussion.

La première conclusion qu'on a voulu tirer de ce principe, c'est que l'époux ne sera jamais tenu du paiement des dettes qu'*intra vires successionis*. Peut-être y a t-il eu là quelque confusion. Il est vrai de dire que l'époux usufruitier sera tenu seulement jusqu'à concurrence de son émolument; mais ce n'est pas parce qu'il est un successeur irrégulier, puisqu'une jurisprudence constante déclare les successeurs irréguliers tenus *ultra vires* comme les héritiers. En réalité, si l'époux usufruitier n'est tenu qu'*intra vires*, c'est parce qu'il n'est pas successeur à titre universel, c'est parce qu'il est appelé seulement à une universalité d'usufruit, et qu'il ne faut pas confondre l'universalité de l'usufruit et celle de la succession.

Digitized by Google

Mais il ne suffit pas d'établir que le conjoint survivant est tenu seulement *intra vires successionis*. Encore faut-il savoir comment il est tenu dans cette limite ! Si sur ce point des difficultés pouvaient s'élever, elles seraient tranchées à la lecture de la discussion du projet, qui a eu lieu devant la Chambre à la séance du 22 mars 1890.

Un député avait demandé comment on entendait le paiement des dettes de la part de l'usufruitier. Il proposait de dire qu'avant d'établir l'assiette du droit d'usufruit, on prélèverait sur la succession de quoi payer les dettes.

Le rapporteur M. Piou lui répondit qu'un semblable amendement était inutile ; et qu'il suffisait de généraliser l'art. 612, C. civ., qui organise le paiement des dettes que doivent les usufruitiers à titre universel quand ils tiennent leurs droits d'un testament. En présence de cette déclaration très nette, l'application de l'art. 612 doit être admise sans difficulté, bien qu'il n'en soit pas question dans la loi.

La discussion à la Chambre des députés et les déclarations de M. Piou éclairent aussi le dernier point sur lequel l'esprit général de la loi pourrait laisser place au doute. Je fais allusion à la question des droits d'enregistrement.

Il y avait à ce point de vue deux problèmes à résoudre.

D'abord comment évaluerait-on l'usufruit par rapport à la nue-propriété ?

Ensuite quel serait le quantum du droit à payer par l'époux usufruitier ?

Sur la question d'évaluation de l'usufruit, la difficulté n'était pas possible. Il suffisait de se reporter à la loi de frimaire an VII, dans laquelle l'usufruit est uniformément considéré comme valant la moitié de la pleine propriété.

Quant au quantum du droit, la question était plus complexe. Une loi de 1816 dit, que quand un époux fait des libéralités à l'autre, le droit d'enregistrement doit être de 3 0/0, et la même loi ajoute que l'époux appelé à recueillir la succession *ab intestat* de son conjoint en vertu de l'art. 767 doit être traité comme un étranger, et payer un droit de 9 0/0. En changeant l'art. 767, la loi nouvelle, avons-nous dit, ne change pas le caractère de la vocation héréditaire de

Digitized by Google

l'époux. Elle le laisse en tous cas successeur irrégulier, comme sous l'empire de l'ancien art. 767.

On aurait pu en conclure logiquement que l'époux usufruitier paierait un droit de 9 0/0.

M. Piou, rapporteur, a formellement déclaré le contraire, et indiqué, que dans l'idée de la commission, le droit à payer pour le conjoint usufruitier serait seulement de 3 0/0. Mais ce n'est là que l'opinion du rapporteur d'une des deux Chambres et il est fort douteux que devant cette opinion l'administration s'incline. La question portée devant les tribunaux serait délicate et il est à désirer qu'elle soit législativement tranchée dans la nouvelle loi d'enregistrement, qui est à l'heure actuelle en discussion.

En résumé, la loi nouvelle est de celles qui très longuement muries laissent peu de place aux surprises. Elle améliore singulièrement la situation du conjoint survivant et constitue un progrès certain sur le Code civil.

Mais il est permis de se demander si dans la voie nouvelle où elle s'est engagée, elle n'a pas été trop loin, si elle n'aurait pas dû tout au moins limiter le droit d'usufruit du conjoint survivant qui a déjà des gains de survie conventionnels ou légaux, ou qui bénéficie de la loi de 1866 sur les droits d'auteur.

Au point de vue purement juridique, la loi de 1891 contient des particularités assez intéressantes, telles que l'indication du rapport fictif inspiré par l'art. 922, telles que l'organisation de la pension alimentaire contre la succession.

Il est seulement à regretter que certaines questions, comme celles des successions anomales, de prélèvement de la pension alimentaire et de l'enregistrement n'aient pas été complétement éclaircies. AUGUSTE SOUCHON.

Des droits résultant, pour l'Etat, de la formation d'atterrissements dans les fleuves et rivières navigables à la suite de travaux publics.

Par M. E. DELBOY, docteur en droit.

I.

1. La question, qui doit faire l'objet de cette étude, a été sou-

Digitized by Google

vent agitée devant les tribunaux au cours de ce siècle, et soumise aux Chambres pour recevoir une solution législative. Elle est cependant encore douteuse aujourd'hui. Il nous a paru qu'il y aurait intérêt à y revenir. Des contestations récemment soulevées [1] indiquent qu'aucune des parties intéressées ne considère la jurisprudence comme suffisamment établie. Enfin de nouveaux projets de lois sont venus également solliciter l'attention du Parlement.

Lorsque l'Etat entreprend des travaux sur les bords des rivières navigables, il peut y être déterminé par deux mobiles principaux. Ou bien, il s'agit de faciliter et de favoriser la navigation, en redressant le cours du fleuve, en augmentant sa profondeur par le rétrécissement du lit. Ou bien les travaux n'ont pour but que de préserver les riverains des ravages des eaux, de les mettre désormais à l'abri des inondations par la construction de digues ou autres ouvrages du même genre.

Dans l'un et l'autre cas, que les travaux aient été entrepris pour favoriser la navigation ou pour protéger les riverains, il peut en résulter la formation de vastes terrains qui apparaissent derrière les digues, viennent s'adjoindre aux propriétés autrefois riveraines, et en augmenter l'étendue [2]. Quel sera le propriétaire de ces terrains ainsi conquis sur les eaux? L'Etat ou les riverains?

C'est là précisément la difficulté à résoudre. Ici, les principes

[1] Ces contestations ont été suscitées par la construction du canal de Tancarville au Havre, sur des terrains d'alluvion dont la formation résulte de travaux publics. Quels sont les droits de l'Etat sur ces terrains? La difficulté est actuellement soumise aux tribunaux. — Des procès du même genre peuvent naître d'un jour à l'autre, par suite de la construction de canaux latéraux sur certaines parties des bords de la Loire et de la Garonne.

[2] Les intérêts pécuniaires ici engagés sont parfois très considérables. Dans la basse Seine notamment, l'exécution des travaux a rétréci de 6 kilomètres à 300 ou 400 mètres la largeur du fleuve. Entre les localités de la Meilleraye et de Berville, 86,000 hect. de dépôts vaseux ont été transformés en prairies d'une valeur de 21,500,000 fr. — Des documents récents (1890) constatent que la superficie des terres d'alluvions artificielles remises dans ces derniers temps à l'Administration des Domaines par les ingénieurs des Ponts-et-Chaussées est de 982h 22a 29c : leur valeur atteint 2,804,169, fr. soit environ 2850 fr. par hectare.

Digitized by Google

du droit privé se trouvent en conflit avec ceux du droit public : faut-il appliquer l'art. 556 du Code civil, ou, le caractère des travaux effectués, la nature juridique du terrain sur lequel ils ont été accomplis n'amènent-ils pas à décider qu'on doit recourir aux règles du droit public? Dans certaines hypothèses aucun doute ne peut naître.

2. Il est possible, tout d'abord, qu'à l'endroit où sont apparus les atterrissement il y ait eu autrefois une propriété privée qui, par suite d'une inondation ou de tout autre événement, avait disparu sous les eaux. Il n'y a qu'à rechercher si la disparition de la propriété a été ou n'a pas été absolue et irrémédiable. Dans le premier cas, l'ancien propriétaire ne saurait revendiquer comme lui appartenant un terrain qu'il devait considérer comme définitivement perdu pour lui. Dans le cas contraire, s'il restait au propriétaire riverain un espoir raisonnable de recouvrer sa propriété, si la submersion peut être considérée comme n'ayant été que momentanée, ce propriétaire recouvre *jure dominii* l'atterrissement apparu à la suite de travaux publics. Et ici son droit ne peut être contesté, il ne s'agit point de l'acquisition d'une propriété nouvelle. Ce n'est que le retour à l'exercice d'un droit, qu'un cas fortuit avait momentanément interrompu [1].

De même il n'y aura pas de contestation lorsque l'Etat avant de commencer les travaux aura procédé à la délimitation du lit du fleuve, et déterminé de la sorte les limites respectives du domaine public et des propriétés privées [2]. Si l'atterrissement s'est formé sur le domaine public, il appartient à l'Etat : les riverains ne peuvent y prétendre. Mais ce n'est pas sans de sérieuses difficultés que cette opération s'effectuera. Sans faire un examen approfondi de ces difficultés, il est indispensable d'indiquer les règles essentielles et les principes généraux de la délimitation qui, par son objet comme par sa nature, se trouve en connexion intime avec notre sujet.

[1] Cpr. Dalloz, *Répert.*, V° *Propriété*, n°s 526 et suiv.; Daviel, *Cours d'eau* n°s 146; Chardon, *Traité de l'alluvion*, p. 122 et suiv.; Marais, *Traité des alluvions artificielles*, n° 19.

[2] *Sic* Porée, *De la propriété des atterrissements produits par des travaux publics*, p. 35; Plocque, *Des cours d'eau*, p. 83.

Digitized by Google

Le pouvoir de délimiter le domaine public fluvial est dévolu à l'administration. Chargée de la conservation et de l'entretien du domaine public, elle a le droit de fixer les limites de ce domaine, d'établir la ligne de démarcation qui le sépare des propriétés privées (L. des 22 décembre 1789-10 janvier 1790, Sect. III, art. 2, §§ 5 et 6).

Il se peut que l'acte administratif de délimitation ait empiété sur les propriétés privées, et compris dans le domaine public des terrains soustraits à l'atteinte normale des eaux. Quelle est la juridiction compétente pour statuer sur les réclamations du riverain lésé? Bien que divers projets de loi aient été présentés pour donner une solution législative à cette question, aucun d'eux n'a cependant encore abouti [1]. De là des controverses doctrinales, des incertitudes de jurisprudence.

La compétence des tribunaux administratifs n'a été reconnue qu'en 1856 [2]. Antérieurement le Conseil d'État accordait uniquement aux particuliers lésés par l'arrêté de délimitation, le droit de recourir devant les tribunaux judiciaires, afin d'obtenir une indemnité représentative de la valeur du terrain, indûment compris dans le domaine public.

C'était là, sans aucun doute, une doctrine bizarre : l'arrêté de délimitation qui englobe des parcelles de propriété privée est entaché d'excès de pouvoir, et peut en conséquence être déféré au Conseil d'État. Cette doctrine qu'aucun texte n'autorisait, aboutissait en outre à ce résultat fâcheux, que sans recourir aux formalités protectrices de l'expropriation, l'Administration était investie du droit de s'approprier certains terrains.

Ces diverses considérations déterminèrent le Conseil d'État à modifier sa jurisprudence, et à admettre le recours contre les arrêtés de délimitation. Désormais donc la propriété privée trouvait une protection réellement efficace. Par l'annulation pour

[1] 1° Projet de 1837 (*Moniteur* des 15, 16 et 17 mai 1837). 2° Projet de 1838 (*Moniteur* des 9, 10 et 11 février 1838). 3° Projet de 1847 (*Moniteur* du 6 avril 1847). 4° Projet de 1850. Voy. aussi le projet sur le régime des eaux présenté par le gouvernement le 9 novembre 1890, art. 36. *J. O* annex. 1072.

[2] Schlemmer, *Annales des Ponts-et-Chaussées*, 1874. 2. § 1.

Digitized by Google

excès de pouvoir le particulier lésé obtenait non plus une indemnité, mais la restitution même du terrain qui lui avait été enlevé.

La conséquence logique de ce système devait être que les tribunaux judiciaires ne connaîtraient plus des questions de délimitation. D'une part, le recours devant le Conseil d'État assurait au propriétaire dépossédé une satisfaction plus complète; d'autre part, l'acte administratif de délimitation s'impose, dans tous les cas, à l'autorité judiciaire en vertu du principe de la séparation des pouvoirs.

Nonobstant ces raisons, cette autorité persiste à se déclarer compétente [1] pour allouer aux parties dépossédées l'indemnité qu'elles réclament, et le nouveau tribunal des conflits, par des arrêts notables, a confirmé cette jurisprudence [2].

[1] Cpr. Cass. 19 juin, 1872 et 6 nov. 1872. (Sir. 1874. I. p. 162 et suiv.)

[2] Cpr. les décisions du 11 janvier et du 1er mars 1873, Dalloz, 1874, III, pp. 65 et 70; du 27 mai 1876, Dalloz. 1877, III, p. 42; et du 12 mai 1883 Lebon, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, 1883, p. 497. — Les arguments invoqués pour justifier cette persistance de la jurisprudence de la Cour de Cassation se ramènent principalement aux suivants : 1° Les tribunaux civils ont le droit exclusif de connaître des questions de propriété. Dès lors, l'autorité administrative ne peut s'arroger le droit de résoudre les questions de cette nature par de simples arrêtés de délimitation. Le principe de la séparation des pouvoirs impose cette solution. 2° Un second argument se déduit de la réserve des droits des tiers formellement énoncée dans l'article 2 du décret du 21 février 1852. — En eux-mêmes ces arguments sont insuffisants. Le principe de la séparation des pouvoirs ne justifie pas la compétence prétendue de l'autorité judiciaire. Dans l'espèce on peut soutenir qu'il n'y a pas une question de propriété en jeu. (*Sic* Schlemmer, *Annales des Ponts et Chaussées*, 1874. II). En procédant à la délimitation, l'administration n'agit point en qualité de propriétaire, mais comme puissance publique. D'un autre côté, en délimitant un cours d'eau elle ne tranche pas, en réalité, une question de propriété. Comme on l'a dit, elle ne proclame qu'un fait de non propriété en ce qui concerne le domaine public. Ce n'est que par contre-coup, et par un résultat inévitable de l'opération, que le domaine privé a ses limites définies et reconnues. Mais ce n'est point là le but de l'arrêté de délimitation. Quant à la réserve des droits des tiers formulée dans le décret du 21 février 1852, elle n'est point assez explicite pour qu'on puisse la considerer comme attributive de compétence au profit des tribunaux civils. Les juridictions administratives peuvent ici sauvegarder également les droits des tiers. Dans l'espèce même, on le sait, la protection sera plus énergique : l'autorité administrative restituera au propriétaire son terrain lui-même.

Digitized by Google

Il est certain que la compétence exclusive des tribunaux administratifs pourrait entraîner des spoliations injustes. Comme le fait remarquer M. Laferrière [1], le recours devant le Conseil d'État contre un acte entaché d'excès de pouvoir n'est recevable que pendant trois mois. Si l'on enlève à l'autorité judiciaire la connaissance des questions de délimitation, on expose les riverains à perdre, dans un très bref délai, leurs propriétés, dont cependant ils ne peuvent être dépouillés que par une prescription trentenaire (art. 2262, Code civ.). C'est là un danger. Aussi comprend-on que la pratique, nonobstant les raisons théoriques de douter, ait admis ici un dualisme de compétence.

3. Mais quel est le procédé à suivre pour tracer la ligne séparative du domaine public et des héritages privés?

Le domaine public fluvial s'étend jusqu'au point où s'épanchent les eaux avant tout débordement [2]. *Ripa ea putatur*, dit Paul, *quæ plenissimum flumen continet*. La difficulté qui s'élève est précisément de savoir comment on déterminera cette limite de la rive. Rationnellement, et abstraction faite de tout système préconçu, dès l'instant que le point de débordement, dans le cas d'inondation, constitue la séparation du domaine public et de la propriété privée, il semblerait qu'il faut rechercher point par point sur chacune des deux rives, sans établir aucune solidarité entre elles, le niveau auquel se produit le premier débordement. Opérer la délimitation d'un cours d'eau, ce serait donc constater un fait local de constitution et de forme de la rive ou de la berge. Sur chaque point il faudrait rechercher le niveau de débordement, et comme la configuration des rives est variable, la ligne de démarcation le serait aussi. C'est là le système adopté et énergiquement soutenu par l'Administration des ponts et chaussées [3]. C'est celui qui est constamment appliqué par les ingénieurs de la navigation chargés d'opérer les délimitations.

[1] *Traité de la juridiction administrative*, I, p. 501.

[2] *Sic*, Conseil d'Etat, 17 août 1866.

[3] Voyez les circulaires du ministre des travaux publics du 26 mai 1874, et du 12 novembre 1883. Cpr. Schlemmer, *Annales des Ponts-et-Chaussées*, 1874, II, § 2.

Digitized by Google

Plusieurs autres procédés ont été proposés [1]. Le plus important à connaître est celui du Conseil d'Etat [2].

D'après l'arrêt de 1890, lorsqu'il s'agit de délimiter un fleuve, on doit d'abord établir des sections dans ce fleuve, puis rechercher dans chaque section un plan ou niveau d'eau, le même pour les deux rives, dont l'intersection avec ces rives constitue la limite du domaine public.

La section d'un fleuve est la partie de ce fleuve soumise à un régime identique : régime qui peut être modifié par un affluent, par un coude de la rivière, par l'établissement d'un pont, etc. C'est à l'Administration seule qu'il appartient de fixer le nombre des sections, et les travaux ou les accidents de terrain qui leur serviront de limites. Elle jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire, par cela seul qu'il n'existe aucune règle précise, et qu'une appréciation est indispensable pour déterminer l'existence des éléments constitutifs de la section.

Dans chaque section, le niveau est déterminé par le premier débordement sur le terrain le plus bas. Toutes les terres riveraines, d'un niveau plus bas, font partie du domaine public, alors même, qu'en fait, elles ne seraient pas envahies par les eaux.

Tel est étroitement condensé le système du Conseil d'Etat. A l'examiner en lui-même, il est évidemment plus artificiel que que celui de l'administration des ponts et chaussées. Rien n'est plus arbitraire que le sectionnement du fleuve, car les éléments qui pourront servir à l'effectuer sont laissés à l'entière appréciation de l'administration. Sans doute, dans la délimitation point par

[1] On a dit que le signe caractéristique du débordement du fleuve est la cessation de la navigation. Dès lors la ligne atteinte par les eaux à ce moment serait la ligne de démarcation. Ce système est infirmé par cette considération de fait que dans quelques rivières, notamment dans la Seine, l'état de débordement est le moment où la navigation est la plus active. Or, de l'accord de tous, c'est au moment où se produit le premier débordement qu'il y a lieu de tracer la ligne séparative du domaine public et du domaine privé.

[2] Cpr. Conseil d'État, 17 août 1866, 15 janvier 1868, 16 juin 1876, 5 mai 1882, 22 mars 1889 et 24 janvier 1890. Voyez sur ce dernier arrêt les conclusions de M. Levavasseur de Précourt, commissaire du gouvernement : *Revue générale d'administration*, 1890, p. 317 et suivantes.

Digitized by Google

point, l'arbitraire peut exister également : mais, du moins, il est plus facile à établir. Il sera plus aisé aux particuliers de prouver que sur tel ou tel endroit de la rive, le niveau de débordement n'est pas au point indiqué par les ingénieurs, que de démontrer que tel ou tel sectionnement du fleuve n'aurait pas dû être établi.

Dans ce dernier cas, il y a une question d'appréciation nécessairement incertaine. Dans le premier, il y a la constatation d'un fait matériel, le plus généralement facile à faire.

Quant au niveau de débordement, il est certain que si l'on en suppose l'existence on évite la bizarrerie signalée dans le système des ponts et chaussées, d'après lequel on peut arriver à trouver des niveaux différents sur les points correspondants de deux rives. Mais par contre, avec le système du niveau d'eau général dans la section, on est exposé à comprendre dans le domaine public des terrains, sans doute inférieurs à celui sur lequel s'est produit le premier débordement, mais qui cependant par suite du caprice des eaux, ou par toute autre cause, n'ont pas été atteints par elles. Ce résultat est incontestablement contraire à la notion même de la délimitation qui suppose que les terrains compris dans le domaine public ont été touchés par les eaux.

Dans toutes les hypothèses examinées jusqu'ici aucun débat ne peut exister sur la propriété des alluvions artificielles. La délimitation opérée, la réapparition non douteuse d'une propriété ancienne, tout, en un mot, fournit les éléments nécessaires pour la solution des conflits qui s'élèveraient entre l'Etat et les riverains.

Mais si l'on ne se trouve pas dans l'une ou l'autre des situations prévues, la question de la propriété des atterrissements devient essentiellement douteuse. Nous en abordons de suite l'examen.

II.

4. Le droit romain avait admis que les riverains étaient propriétaires du lit des cours d'eau navigables et flottables [1]. Comme une conséquence logique de ce principe, l'alluvion, dans cette législation, était attribuée aux riverains [2]. Le terrain émergé leur re-

[1] LL. 7, § 5 et 30, § 3, D. XLI, 1.
[2] L. 7, § 1, D. XLI, 1.

Digitized by Google

venait *jure dominii*, par cela seul qu'étant soustrait à l'action des eaux, il échappait à la servitude publique dont les fleuves étaient grevés dans l'intérêt de la navigation [1].

Ce système d'attribution du lit des fleuves aux riverains était rationnel. L'intérêt de la navigation n'exige pas que l'Etat soit propriétaire du lit des rivières. Il suffit à la satisfaction de cet intérêt que les terrains sur lesquels coulent les eaux soient grevés d'une servitude. Sur ce point donc, comme sur bien d'autres, le droit romain offrait un système législatif parfaitement coordonné et parfaitement logique.

Mais on conçoit aisément que ces principes ne furent pas reçus sans conteste dans l'ancien droit français. Les prétentions fiscales du Roi et des seigneurs justiciers ne tardèrent pas à se manifester même en matière fluviale. Le Roi notamment, investi d'un domaine éminent sur toutes les terres du royaume, ne pouvait manquer de prétendre à la propriété même du lit des fleuves. Bien avant que des textes législatifs formels eussent consacré les prétentions royales, beaucoup d'auteurs en avaient admis le principe. Bacquet dans son traité des droits de justice [2] dit formellement : « on tient en France que les fleuves publics et rivières navigables appartiennent au Roi », — et Loysel dans ses Institutes Coutumières [3] : « les grands chemins et rivières navigables appartiennent au Roi ».

Sans doute ces prétentions suscitèrent des résistances. Elles furent néanmoins admises peu à peu dans la pratique [4], et elles sont formellement consacrées dans l'Ordonnance de 1669 (tit. XXVII, art. 41). On ne peut méconnaître que l'application de cette ordonnance souleva de nombreuses difficultés. Mais les édits de 1683 et l'ordonnance du 15 décembre 1693 que l'on représente comme ayant eu pour conséquence de neutraliser et d'anéantir l'ordonnance de 1669 ne constituent en réalité que

[1] Il y avait toutefois exception pour les *agri limitati*, à l'époque classique. « *Si limitatus est ager*, dit Ulpien, *occupantis alveus fiet.* » (L. I, § 7, *de fluminibus*).

[2] Chap. XXX, n° 3.

[3] Liv. II, tit. 2, art. 5.

[4] Cpr. un arrêt du Parlement de Paris du 30 mars 1601.

Digitized by Google

des atténuations à son principe. Ces atténuations furent motivées par des sentiments d'équité, par le désir de respecter, sinon des droits acquis, du moins des situations depuis longtemps établies [1].

Mais le principe de l'ordonnance de 1669 ne subsista pas moins, et de temps à autre, jusqu'à la Révolution, on trouve des actes du pouvoir affirmant la propriété du roi sur toutes les rivières navigables du royaume, et déduisant de ce principe telles ou telles conséquences [2].

Cette conception nouvelle devait entraîner des conséquences nouvelles, et notamment amener un bouleversement total des règles autrefois consacrées par le Droit romain en matière d'alluvion. Si le lit du fleuve est la propriété du roi, l'attribution des alluvions aux riverains est illogique. La propriété des crements et atterrissements adhérents à la rive doit appartenir au roi, comme un prolongement, une extension du domaine qu'il a sur le lit même du fleuve.

Cette conséquence paraît avoir été admise avec plus de difficulté que le principe lui-même. Beaucoup de coutumes consacrent encore sur ce point les règles romaines [3]. Cependant la royauté avait depuis longtemps prétendu aux alluvions, et comme cette prétention constituait, en définitive, une conséquence importante du principe que le roi est propriétaire des rivières navigables, il se trouva que la conséquence fut formulée législativement avant le principe [4].

[1] L'Edit de 1683 déroge à l'ordonnance de 1669 en faveur de ceux qui produiront des actes authentiques antérieurs à 1566. L'ord. de 1693 laisse aux riverains les terrains fluviaux qu'ils possèdent, même lorsqu'ils ne peuvent fournir de titres authentiques. Mais les possesseurs doivent payer une redevance qui atteste et réalise partiellement au moins les prétentions de la couronne. Une ordonnance du 28 mai 1709 exigea même une redevance supplémentaire.

[2] Voy. notamment les arrêts du Conseil du roi du 19 déc. 1711, du 13 nov. 1714, et du 10 février 1728. Ce dernier arrêt confirme un arrêt antérieur du 22 janvier 1726 « ...concernant la souveraineté et la propriété qui appartient à Sa Majesté sur tout le fleuve du Rhône... »

[3] Coutumes de Normandie, art. 195; de Metz, tit. XII, art. 8; de Bourbonnais, art. 340; d'Auxerre, art. 268; de Sens, art. 154, etc.

[4] Cpr. des lettres patentes de 1572 qui ordonnent la réunion au domaine

Digitized by Google

Plus encore que pour l'affirmation du droit sur le lit des fleuves, les prétentions royales sur les alluvions suscitèrent des résistances. Les auteurs qui avaient soutenu que la propriété du lit des fleuves appartenait au roi soutinrent qu'il était logique de déduire de ce droit de domaine le droit aux alluvions. Bacquet indique comme non douteux le droit du roi sur les atterrissements des fleuves : « ..... pareillement, dit-il, on tient que les îles, javeux, atterrissements et assablissements, estans ès-fleuves publics et rivières navigables du royaume, appartiennent au Roi[1] ». Mais il faut convenir que de nombreux auteurs combattirent les prétentions royales sur les alluvions[2]. Nonobstant ces divergences doctrinales, nonobstant aussi la différence des systèmes juridiques adoptés par les coutumes, les rois, dans la majorité des cas, s'attribuèrent la propriété des alluvions soit en nature, soit en exigeant des riverains qui voulaient rester en possession des atterrissements le paiement d'une somme d'argent[3].

des îles et atterrissements de la Seine et autres fleuves. On lit également ces mots dans une ordonnance d'octobre 1581 : « *Alluvio de qua in legibus... quod jus in Francia princeps sibi vindicat in flumine publico et navigabili.* »

[1] *Op. cit.*, chap. XXX, n. 5. *Adde*, Loysel, *Inst. coutumières*, liv. II, tit. 2, art. 5, 6, 7, 9; Loyseau, *Traité des seigneuries*, chap. XII, n° 120; Salvaing, *De l'usage des fiefs*, II, chap. 60, p. 67 ; *Coutume de Meaux*, art. 182.

[2] Voy. notamment Dumoulin, *Coutume de Paris*, § 1, glos. 5, n° 115; Maynard, liv. X, Chap. 3; Bouteiller, liv. I, tit. 36 ; Legrand, *Coutume de Troyes*, liv. II, p. 308; Serres, *Institution du droit français*, p. 146 ; Dupérier, *Questions notables*, liv. II. Quest. 3.

[3] Cpr. les arrêts du Conseil déjà cités du 19 déc. 1711, du 13 novembre 1714, du 22 janvier 1726 et du 10 février 1728. Aj. l'Édit de 1683 et l'ordonnance de 1693. — Nous n'ignorons pas que Louis XVI par des lettres patentes de 1786 rapporta deux arrêts du Conseil qui avaient ordonné l'aliénation au profit du roi « de toutes les alluvions formées sur les bords des rivières de Gironde, Garonne et Dordogne. » Est-ce à dire, comme paraît le prétendre Henrion de Pansey (*Dissertations féodales*, I, p, 648 et suiv.), que ces lettres patentes aient résolu d'une façon générale en faveur des riverains la question de propriété des alluvions, question sans doute controversée, mais qui jusqu'alors avait été résolue en faveur de la Couronne par les actes du pouvoir royal et de l'autorité judiciaire (Voy. Henrys,

Digitized by Google

Tel était donc l'état de la jurisprudence sur la fin de l'ancien droit. Le principe que le roi était propriétaire du lit des rivières navigables était à peu près établi, et si des résistances se manifestaient encore, elles tendaient à devenir de plus en plus isolées. — Quant à l'attribution des alluvions au domaine, elle était sans doute plus contestée : elle apparaissait cependant comme une conséquence du principe nouveau.

5. Les rédacteurs du Code civil [1], dans l'art. 538, ont formellement attribué à l'État la propriété du lit des fleuves et rivières navigables. Ils ont ainsi consacré le système suivi par les ordonnances royales. Mais, s'écartant ensuite du principe qu'ils avaient admis, ils reconnaissent aux riverains un droit de propriété sur les alluvions de tous les cours d'eau (art. 556, C. civ.). Attribution assurément illogique, que les rédacteurs du Code ne paraissent pas avoir édictée sans hésitation. Lorsqu'il fallut, en effet, justifier cette attribution, la difficulté apparut. Portalis, à défaut d'autres motifs, invoqua l'équité : « les alluvions doivent appartenir au propriétaire riverain, dit-il, par cette maxime naturelle

liv. III, Quest. 30). Ce serait attribuer aux lettres patentes de 1786 une importance exagérée. Henrion de Pansey lui-même constate (*op. cit.*, p. 652) que la décision du roi doit être considérée comme spéciale à la Guienne « car les lois romaines forment, dit-il, le droit commun de la province... les rois les ont revêtues de la sanction publique et la confirmation de ce droit fait partie d'un des articles du Traité de réunion à la Couronne. »

Ces lettres patentes laissent par suite subsister les décisions antérieures qui sont toutes en sens contraire, et ont pour la plupart une portée générale. Enfin leur texte même indique très nettement que le Roi n'abandonne pas toutes ses prétentions sur les alluvions des cours d'eau du royaume : c'est ce qui résulte notamment du passage suivant : «... sans néanmoins qu'on puisse en induire (des lettres patentes de 1786) que les alluvions, atterrissements formés sur les bords desdites rivières, ni d'aucune rivière navigable, puissent appartenir qu'aux propriétaires des fonds adjacents à la rive desdites rivières... »

[1] Sur la question présente le droit intermédiaire offre peu d'intérêt. Le décret du 1er nov. 1790 et la loi du 28 sept. 6 oct. 1791, ne précisent pas quels changements furent apportés aux principes de l'ancien droit par le législateur révolutionnaire. Ce n'est point dans la législation de cette époque qu'on peut chercher des éléments pour la solution de la question qui nous occupe.

Digitized by Google

que le profit appartient à celui qui est exposé à souffrir du dommage[1]. »

C'est là, dans le droit moderne, la raison de l'attribution des alluvions aux propriétaires riverains. Sans doute, elle n'est ni satisfaisante ni juridique : elle n'en subsiste pas moins comme étant la seule qui puisse être donnée.

Mais cette raison même ne va-t-elle point nous fournir un argument en faveur de l'opinion que nous comptons soutenir ? Si l'équité seule a décidé le législateur moderne à répudier une déduction certaine d'un principe qu'il avait admis conformément aux traditions de l'ancien droit, il semble que la dérogation au principe, l'abandon des règles anciennes généralement acceptées, n'ont eu lieu précisément que dans la mesure que comportait l'équité. Et si l'équité peut justifier l'attribution aux riverains d'alluvions naturellement formées, comme la compensation des pertes auxquelles le voisinage de la rivière expose, il n'en est plus de même lorsque des causes étrangères, des travaux, les ont provoquées. Alors le fondement d'attribution, l'équité, fait absolument défaut et, dès lors que le motif de l'art. 556 disparaît, on revient tout naturellement aux principes généraux et à la règle ancienne d'attribution des alluvions à l'État, car cette règle n'a été abrogée que dans la mesure qu'exigeait l'équité.

Nous arrivons ainsi à cette conclusion que, lorsque la formation des atterrissements a été déterminée par des travaux publics, l'art. 556 du Code civil n'est plus applicable, le motif qui l'a fait édicter n'existant plus. Dès lors, il est tout naturel de se référer et aux principes suivis sur la matière dans l'ancien droit, et aux principes consacrés par le Code civil lui-même. La conséquence inéluctable qui en découle, c'est qu'à l'État seul doivent appartenir les alluvions dont il a provoqué la formation. C'est principalement l'idée qui se dégage pour nous de la jurisprudence et de la législation anciennes.

6. Cette thèse n'est guère contestable dans le cas où les formations de terrains ont eu lieu immédiatement après la construction des digues. Ainsi, les travaux ayant intercepté toute communication entre le fleuve et les terrains en litige, ceux-ci ont été

[1] Locré, VIII, p. 184.

Digitized by Google

forcément desséchés. Il n'y a pas alors formation alluvionnaire et, par suite, l'art. 556 ne peut justifier les prétentions des riverains.

Pour donner au droit de l'État sur les relais subits un fondement juridique, on a invoqué parfois certains textes du droit civil, notamment l'art. 560, Cod. civ. Mais il est évident que cette disposition législative est étrangère par son objet à la question qui nous occupe. Elle s'applique aux terres qui émergent au milieu des fleuves, et non à celles qui apparaissent sur ses rives [1]. — L'art. 539 du Code civil, qui attribue à l'État les biens vacants et sans maître pourrait, avec plus de vraisemblance, fournir le motif juridique que l'on prétend nécessaire. Mais il nous semble encore inapplicable, car on ne peut dire que les terrains apparus sont des terrains sans maître. En réalité, ils appartiennent à l'État, par ce double motif qu'ils se sont formés sur son domaine, et qu'il en est le véritable et incontestable créateur. Aussi bien n'est-ce pas sur la question de propriété des relais subits que s'élèvent le plus de doutes et le plus de controverses. Les auteurs s'accordent ici, en général, à reconnaître le droit de l'État, et ce n'est que le petit nombre qui veut faire consacrer dans cette hypothèse le droit des riverains [2].

7. La question devient beaucoup plus délicate lorsqu'il n'y a pas eu relai subit. Ainsi les travaux effectués par l'État ont bien eu pour conséquence de resserrer le lit du fleuve, de retrancher de ce lit un certain espace de terrain qui s'y trouvait auparavant compris. Toutefois la séparation entre le lit actuel et les terrains qui en faisaient autrefois partie n'a point été complète, les eaux ont pu encore pénétrer sur les terrains séparés, et ce n'est que peu à peu, conformément au mode de formation de l'alluvion,

[1] *Sic*, Ayral, *Traité du droit d'alluvion*, n° 220; Demante et Colmet de Santerre, II, n° 393 *bis;* Demolombe, X, n° 7 ; Laurent, VI, n° 286; Dalloz, *Répertoire*, v° propriété, n° 541.

[2] Voy. en ce sens : Chardon, *Du droit d'alluvion*, n°s 29 et s. ; Ayral, *op. cit.*, n°s 231-234; Gaudry, *Traité du domaine*, n° 154. — *Contra* Demolombe, *Distinction des biens*, II, n° 69 ; Choppard, *Revue Critique*, XLVI, 1879, p. 739 et s.; Caen, 8 déc. 1863, *Journ. du Palais*, 1864, p. 525.

Digitized by Google

que des atterrissements sont apparus. Ces atterrissements doivent-ils encore appartenir à l'État, ou bien ne faut-il pas leur reconnaître le caractère de véritables alluvions et les attribuer aux riverains (art. 556 Cod. Civ.)? Là est véritablement la difficulté[1].

L'application de l'art. 556 est ici au moins douteuse : ce texte n'attribue certainement aux riverains que les alluvions résultant de l'œuvre latente de la nature. C'était évidemment l'hypothèse pratique prévue par les textes du Droit romain, dont l'art. 556 n'est qu'une reproduction. Lorsque des travaux publics ont été exécutés, les alluvions qui en résultent ne sont point exclusivement l'œuvre de la nature. Il y a en quelque sorte *negotium mixtum :* la nature a été la cause efficiente de la formation alluvionnaire, mais les travaux publics exécutés par l'État en ont été la cause déterminante.

On ne se trouve plus dans l'hypothèse exactement prévue et réglementée par l'art. 556.

Sans doute, comme on l'a fait remarquer pour justifier les prétentions des riverains, cette disposition légale n'exige point la formation naturelle des alluvions. Néanmoins lorsqu'elles ont été provoquées par les travaux publics, on trouve là un élément nouveau qu'on ne peut négliger. Enfin, en admettant que la condition de formation naturelle soit une condition extralégale, est-il certain que, dans l'hypothèse qui nous occupe, les deux conditions indispensables pour qu'il y ait alluvion sont réunies?

L'élaboration de l'alluvion doit être successive et imperceptible. La première condition (élaboration successive) se rencontre certainement ici. Des bandes de terrain apparaîtront çà et là, puis ensuite se développeront et s'étendront peu à peu. — Il est plus difficile de soutenir, qu'à la suite des travaux publics, les alluvions se constituent imperceptiblement. En réalité, les travaux exécutés activent d'une façon très apparente la formation de

[1] Dans cette hypothèse beaucoup d'auteurs attribuent les atterrissements aux riverains : Cpr. notamment : Demolombe, *loc. cit.;* Massé et Vergé, II, p. 112, note 12; Hennequin, *Traité de la législation*, I, p. 283; Chardon, *op. cit.*, nos 111 et s.; Garnier, *Régime des eaux*, n° 233. — *Contra*, Proudhon, *Traité du domaine de propriété*, II, n° 594 et *Traité du domaine public*, n° 716; Daviel, *Traité des cours d'eau*, nos 280 et 281; Porée, *op. cit.*, n° 8 et s.

Digitized by Google

l'alluvion. La loi romaine en donnait cette définition : « ..... *alluvio..... quod ita paulatim adjicitur.....* », évidemment inapplicable aux alluvions apparues à la suite de travaux publics. L'accroissement se produit alors avec rapidité, et aboutit en peu de temps à la constitution, facile à observer, de terrains fort étendus. L'accroissement est successif; il n'est pas imperceptible : dès lors l'art. 556 n'est plus applicable.

8. Beaucoup de textes ont été invoqués en faveur du droit de propriété de l'Etat. C'est ainsi qu'on a cru trouver la justification de ce droit dans l'art. 560 Code Civ. Mais cet article, comme on l'a vu, détermine seulement les droits du Domaine sur les îles et ilôts formés au milieu des fleuves [1]. On ne saurait non plus invoquer les art. 539 et 713 du Code civil qui attribuent à l'Etat les biens vacants et sans maître [2]. Supposer que les atterrissements formés à la suite de travaux publics sont des biens sans maître, c'est faire une supposition assurément inexacte, puisque deux droits de propriété distincts et opposés sont prétendus sur les atterrissements de cette nature.

Tous ces textes ne sont donc pas péremptoires pour justifier le droit de propriété de l'État. Il n'en est plus ainsi, à notre sens, de l'art. 41 de la loi du 16 septembre 1807. Il constitue l'argument capital, celui qui n'a pas été encore réfuté. « Le gouvernement concédera aux conditions qu'il aura réglées les marais... le droit d'endiguage, les accrues, *atterrissements et alluvions des fleuves*, rivières et torrents, quant à ceux de ces objets qui forment propriété publique ou domaniale » art. 41. Il résulte de ce texte que l'Etat peut exercer son droit de concession sur les atterrissements et alluvions des fleuves, et la conséquence à induire de ce droit de concession reconnu à l'État, c'est qu'il est propriétaire des atterrissements, des alluvions qu'il a le pouvoir de concéder. Il est certain que cet art. 41 est inapplicable aux alluvions naturelles régies dans tous les cas par l'art. 556 Cod. civ. Il ne peut s'appliquer qu'aux alluvions apparues à la suite de travaux publics.

Cette disposition législative établit donc nettement le droit de l'État sur les alluvions artificielles, car la concession qu'elle au-

[1] Cpr. *Supra*, p. 255, note 1.

[2] *Sic*, Ayral, *op. cit.*, n° 220.

Digitized by Google

torise implique l'existence de ce droit. On a cependant bien souvent essayé d'en infirmer l'autorité. C'est ainsi que selon certains auteurs, ces mots : «... quant à ceux de ces objets qui forment propriété publique ou domaniale, laissent, dans l'art. 41, la question de la propriété des alluvions artificielles irrésolue. En effet, pour supposer que l'art. 41 leur est applicable, a-t-on dit, il faut préalablement admettre qu'ils constituent une propriété publique ou domaniale, et c'est précisément ce qu'on doit démontrer [1]. La démonstration résulte des considérations suivantes : l'art. 41 ne peut s'appliquer aux alluvions naturelles (art. 556, Cod. civ.). S'appliquerait-il aux îles et îlots formés dans le lit des rivières navigables [2] ? Mais l'art. 560 Cod. civ. est la disposition législative applicable aux accroissements de cette nature.

S'il est établi que l'art. 41 de la loi de 1807 ne s'occupe ni des alluvions naturelles, ni des îles et îlots formés dans les fleuves, le sens à donner à la partie finale de ce texte nous paraît évident. Il a statué sur les alluvions artificielles sur lesquelles aucune disposition législative n'existait encore. En définitive, par ces mots : « quant à ceux de ces objets qui forment propriété publique ou domaniale », le législateur de 1807 indique qu'il y a une distinction à faire dans les alluvions. Les unes appartiennent aux particuliers : ce sont celles de l'art. 556. Les autres appartiennent à l'État : ce sont celles de l'art. 41 de la loi de 1807.

On a prétendu que l'art. 41 s'appliquait non pas aux alluvions artificielles, réellement et définitivement formées, mais seulement aux alluvions artificielles en formation, aux créments futurs [3]. Selon d'autres auteurs, ce texte viserait uniquement l'hypothèse prévue par les art. 21 et suivants de la loi de 1807, qui reconnaissent aux propriétaires des marais desséchés, la faculté de se libérer de l'indemnité de desséchement par « l'abandon d'une portion de leur fonds calculée sur le pied de la dernière estimation. » Ces auteurs supposent que la faculté d'aban-

[1] Cpr. en ce sens un arrêt de la Cour d'Agen, du 11 nov. 1840. *Sir.*, 1841. 2. 74 ; Garnier, *Régime des eaux*, n°s 253-256 ; Marais, *op. cit.*, n° 10.

[2] Cpr. en ce sens Marais, *op. cit.*, n° 10.

[3] *Sic*, Plocque, *Cours d'eau navigables et flottables*, I, n. 32 ; Conseil d'Etat, avis du 9 juin 1881, rapporté dans les *Instructions de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines*, n° 2669, § 4, année 1882.

Digitized by Google

don, organisée par les articles précités, peut fonctionner, et a effectivement fonctionné à la suite des travaux publics, cause initiale des atterrissements. Les riverains ont usé de cette faculté, et c'est sur les terrains ainsi abandonnés que s'exerce le droit de concession de l'État, prévu par l'art. 41 [1].

Le défaut commun de ces deux explications, c'est de donner à l'art. 41 un sens divinatoire à certains égards, et, dans tous les cas, bien peu conforme à ses termes. Rien dans ce texte n'autorise à penser qu'il s'applique aux créments futurs. Enfin il est invraisemblable que le législateur ait songé ici à la faculté d'abandon, qu'il avait uniquement organisée pour les dessèchements des marais (art. 21, et s. L. 16 sept. 1807). Cette explication a de plus le défaut de restreindre notablement la portée d'application de l'art. 41. La faculté d'abandon sera rarement exercée, et rarement aussi le droit de concession de l'Etat pourra être mis en vigueur. — C'est encore la critique que l'on peut faire au système qui déclare le même texte uniquement applicable aux alluvions apparues sur les rives des terrains dont l'Etat est propriétaire [2]. D'ailleurs était-il besoin d'une disposition législative pour consacrer ici le droit de propriété de l'Etat ?

En définitive, l'argument déduit de l'art. 41 subsiste. Aucune des objections produites jusqu'ici n'est suffisante pour l'écarter. En sera-t-il de même de l'art. 30, de la loi de 1807, ce texte n'infirme-t-il pas l'interprétation donnée à l'art. 41 [3] ?

9. L'art. 30 est relatif à la plus-value qui peut résulter pour quelques propriétés de certains travaux publics (création de places nouvelles, construction de quais, etc.). Il dispose que si des propriétés privées ont acquis, par suite de travaux de cette nature, une notable augmentation de valeur, les propriétaires pourront être forcés de payer à l'Etat une indemnité susceptible de s'élever jusqu'à la valeur de la moitié des avantages procurés [4].

[1] *Sic*, Ayral, *op. cit.*, n° 223.

[2] Voyez en ce sens une *Instruction de l'Administration de l'Enregistrement*, n° 2618, § 167, année 1879.

[3] C'est ce que prétendent notamment les auteurs suivants : Marais, *op. cit.*, p. 13 et 14 ; Chardon, *op. cit.*, n°s 111 et s. ; Ayral, *op. cit.*, n° 222 ; Gaudry, *op. cit.*, n° 154.

[4] Art. 30 : « Lorsque par suite des travaux déjà énoncés dans la présente

Digitized by Google

D'après les partisans du système d'attribution des alluvions artificielles aux riverains, cet art. 30 s'appliquerait aux alluvions apparues à la suite de travaux publics. Par cela seul que cette disposition législative met à la charge des riverains une indemnité, c'est qu'elle les reconnaît propriétaires des alluvions créées. L'art. 30 atteste donc le droit de propriété des riverains. Mais il apporte à ce droit le correctif nécessaire en les obligeant à payer une indemnité à l'Etat, comme compensation des terrains qui leur ont été procurés.

L'objection qui s'élève naturellement est qu'il paraît fort douteux que l'art. 30 de la loi de 1807 s'occupe des alluvions artificielles. Cependant l'idée que la création d'atterrissements rend l'Etat titulaire d'un droit de créance et non d'un droit de propriété a séduit beaucoup d'auteurs. La pratique administrative, à la suite d'incidents qu'il est utile de faire connaître, s'en est elle-même inspirée, et l'on a vu l'Administration, renonçant à invoquer le droit de propriété de l'Etat, se prévaloir uniquement de l'art. 30.

loi, lorsque par l'ouverture de nouvelles rues, par la formation de places nouvelles, par la construction de quais, ou par tous autres travaux publics généraux, départementaux ou communaux, ordonnés ou approuvés par le Gouvernement, des propriétés privées auront acquis une notable augmentation de valeur, ces propriétés pourront être chargées de payer une indemnité qui pourra s'élever jusqu'à la moitié de la valeur des avantages qu'elles auront acquis : le tout sera réglé par estimation, dans les formes déjà établies par la présente loi, jugé et homologué par la commission qui aura été nommée à cet effet ». — On a prétendu que cet art. 30 et les deux suivants, avaient été abrogés par la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation (Cpr. art. 51). Cette opinion, rejetée par un avis du Conseil d'État (26 avril 1843), est complétement abandonnée aujourd'hui. Dans la discussion des deux lois sur l'expropriation (lois de 1833 et de 1841) on a formellement reconnu que ces dispositions de la loi de 1807 n'étaient point abrogées. — Il est du reste facile de déterminer la sphère d'application respective de l'art. 51 de la loi du 3 mai 1841 et des art. 30 à 32 de la loi de 1807. L'art. 51 est relatif à l'indemnité de plus-value invoquée par voie d'exception, à la suite d'une expropriation partielle de l'immeuble. Les art. 30 et s. se réfèrent à l'hypothèse où l'indemnité de plus-value est réclamée soit par voie d'action, soit par voie d'exception sans qu'il y ait eu expropriation (*Sic*, Ducrocq, *Cours de Droit Administratif*, I, n° 525; Dufour, *Droit Administratif*, IV, p. 394 et Dalloz, *Rép.* v° *Travaux publics*, n° 298).

Digitized by Google

Après la rédaction du Code civil et la promulgation de la loi de 1807, l'État avait nettement affirmé son droit de propriété sur les alluvions artificielles. Une ordonnance du 23 septembre 1825 [1] avait réglé les conditions et les formalités requises pour en opérer la concession. Régler les formalités de la concession, c'était évidemment affirmer le droit de propriété de l'État, car le droit de concession ne peut s'exercer que sur des biens domaniaux.

Nonobstant cette ordonnance, les tribunaux judiciaires appelés à connaître des questions de propriété élevées à ce sujet se prononçaient généralement en faveur des riverains [2].

Tel était l'état de la jurisprudence et de la pratique administrative lorsque la Chambre de commerce de Rouen, à la suite de

[1] Cette ordonnance est encore en vigueur : avis du Conseil d'État du 29 juin 1881 : *Instructions de l'Administration de l'Enregistrement*, n° 2669, § 4, année 1882.

[2] Paris, 7 juin 1839, *Sir.* 1840, 2. 29; Agen, 11 nov. 1840, *Sir.* 1841, 2. 74; Cass., 6 août 1848, *Sir.* 1849, 1, 614; Lyon, 19 mars 1859, *J. Palais*, 1860, p. 673; Rouen, 11 avril 1865, *Sir.* 1867, 2. 186; Agen, 2 mai 1876, *Dall.*, 1878, 5. 386. — *Contra*, Cass., 7 avril 1868, *Sir.* 1868, 1. 392; Paris, 6 août 1870. Voy. le texte dans Marais, n° 43 *bis*; Conseil d'État, 4 mai 1870 (*Leb.*, p. 548); 1er juin 1870 (*ib.*, p. 578); 30 juillet 1875 (*ib.*, p. 549).

L'arrêt notable qui, selon nous, a fixé la jurisprudence et consacré le droit de l'État sur les atterrissements est l'arrêt du 7 juin 1868 (*Sic*, Porée, *op. cit.*, nos 17 et s. Voy. aussi Laurent qui l'a vivement critiqué, VI, n° 284). On a parfois essayé de contester l'importance de cet arrêt (Cpr., notamment Schlemmer, *Annales des Ponts et Chaussées*, 1876, I n° 21; Ayral, *op. cit.*, nos 226 à 229). Mais son sens véritable et sa portée exacte nous semblent indiqués par l'ensemble des considérants et spécialement par le suivant : « ...Attendu qu'il n'est pas contesté par les juges du fait, et qu'il n'est pas même allégué dans les conclusions qui ont été prises devant eux par les défendeurs, qu'avant le commencement des travaux il existât dans la partie du fleuve contiguë au Marais-Vernier, et adhérent à ce domaine, aucun atterrissement ayant le caractère d'alluvion; que, d'autre part, il est reconnu par l'arrêt attaqué que les atterrissements revendiqués par les défendeurs ont été préparés par les travaux d'endiguement; — d'où la conséquence qu'à l'époque où a commencé l'entreprise et où, en conformité de la loi de 1807, il a été procédé contradictoirement avec les représentants légaux des riverains à la délimitation du lit du fleuve, la partie où se sont formés les atterrissements litigieux n'avait pas cessé d'être la propriété exclusive de l'État qui a pu, en vertu de l'art. 41 de la même loi, en disposer comme il l'a fait, par les décrets de 1853 et 1854 ».

Digitized by Google

travaux d'endiguement entrepris sur la basse Seine, soumit en 1849 au Ministre des travaux publics un projet de loi qui, résolvant toutes les controverses antérieures, attribuait formellement la propriété des alluvions artificielles à l'État, sauf aux riverains à réclamer une indemnité si la privation du voisinage de l'eau leur causait un préjudice.

La Commission, instituée pour examiner ce projet de loi, ne fut point favorable à son adoption. Elle considéra que la solution qu'il contenait était trop absolue, et plutôt que de trancher une question qui à ses yeux paraissait douteuse, elle préféra concilier les droits des riverains et ceux de l'État, en reconnaissant aux riverains la propriété des alluvions artificielles, en donnant à l'État le droit de réclamer une indemnité de plus-value, conformément aux art. 30 et suiv. de la loi de 1807. « Il n'y avait pas lieu, disait M. de Vatimesnil, président de la commission, de faire une loi sur la question de propriété des alluvions artificielles....., il convenait d'appliquer aux propriétés appelées à retirer un avantage, soit comme défense soit comme accroissement, des travaux exécutés par l'État, le principe de la plus-value écrit dans l'art. 30 de la loi du 16 septembre 1807 [1]. »

Ces conclusions, adoptées par la Commission, avaient en définitive pour résultat de méconnaître les droits de l'État. Elles furent cependant acceptées par ses représentants [2]. Des décrets du 15 janvier 1853 et du 15 juillet 1854 appliquèrent pratiquement le système de la Commission de 1849 en décidant : 1° que les dispositions de l'art. 30 de la loi de 1807 régissaient au profit de l'État, les propriétés privées qui avaient acquis ou acquerraient une plus-value, par suite de l'exécution des travaux d'amélioration et d'endiguement de la basse Seine effectués ou à effectuer. 2° Le montant de l'indemnité à supporter par ces propriétés était fixé à la moitié de la valeur des avantages qu'elles auraient acquis. Enfin, pour arriver à la fixation de la plus-value, il devait être procédé conformément aux art. 7 et suiv. de la loi de 1807. Cette pratique administrative fut encore suivie par une décision ministérielle du 11 avril 1864 [3].

[1] Rapport fait au nom de la Commission.

[2] Déclaration du Ministre des finances en 1851.

[3] Depuis lors l'Administration a toujours persisté dans ce système, non

Digitized by Google

On ne peut contester que l'Administration, par ces décisions, ait compromis le droit de l'État, et reconnu aux riverains une propriété qu'ils ne devaient point avoir. Nulle autorité cependant ne pouvait la contraindre à revenir sur de pareils errements, et c'est même cette idée qui peut servir à expliquer un considérant de l'arrêt du 7 avril 1868. Cet arrêt est sans doute favorable aux droits de l'État sur les alluvions artificielles : mais il n'a pu méconnaître la pratique administrative établie et attribuer à l'État une propriété à laquelle il paraît avoir renoncé.

Ce considérant est ainsi conçu : « ..... Attendu, à la vérité, que ces décrets (les décrets de 1853 et 1854) contiennent la promesse éventuelle de l'abandon au profit des riverains, moyennant une indemnité de plus-value, de tout ou partie des avantages, et par suite des atterrissements que produirait l'entreprise..... ». Cette partie de l'arrêt se réfère très évidemment à la pratique administrative inaugurée par les décrets de 1853 et 1854. Après avoir nettement établi les droits du domaine sur les alluvions artificielles, dans le début de l'arrêt, la Cour de cassation ne pouvait cependant protéger plus énergiquement les intérêts de l'État

seulement pour les alluvions résultant des travaux ordonnés par la loi de 1846, et auxquelles s'appliquent précisément les décrets de 1853 et 1854 (Décision du Ministre des finances du 29 février 1876), mais encore pour des travaux accomplis en exécution d'actes plus récents, notamment des décrets du 14 juillet 1861 et du 12 août 1863 (endiguements sur la rive nord de la Seine, entre Tancarville et la Hode (Seine-Inférieure) ; — et sur la rive sud, entre la pointe de la Roque et Berville-sur-Mer). Un décret du 22 oct. 1870 (non inséré au *Bulletin des lois)* rendu par M. Crémieux, au nom du Gouvernement de la Défense nationale, a décidé à peu près dans les termes des décrets de 1853 et 1854 que l'art. 30 de la loi du 16 septembre 1807 s'appliquerait aux nouveaux endiguements. Des décisions de principe du 11 avril et 11 nov. 1884, concertées entre les Ministres des finances et des travaux publics, ont confirmé l'interprétation généralement donnée au décret de 1870, spécialement par des décisions du Ministre des travaux publics du 21 mai 1881 et du 10 mars 1884.

Enfin la persistance de la pratique administrative est encore attestée par les nominations qui se produisent, à intervalles plus ou moins rapprochés, de membres des Commissions de plus-value. Ainsi un décret du 30 juillet 1890 nomme un membre de la Commission spéciale chargée de tout ce qui est relatif au classement et à l'estimation des terrains qui ont acquis ou acquerront une plus-value par suite des travaux d'endiguement de la basse Seine.

Digitized by Google

que ne le voulait l'État lui-même. Or l'Administration avait renoncé à invoquer le droit de propriété sur les alluvions artificielles, pour se contenter de l'indemnité de plus-value. La Cour de cassation devait respecter cet état de choses [1]. Elle y était obligée, et dès lors on ne saurait soutenir que, par le considérant précité, elle a interprété l'art. 30 de la loi de 1807 conformément aux prétentions des riverains. Elle n'avait point à interpréter cette disposition législative, car cette interprétation ne lui avait point été demandée.

Malgré les nombreux auteurs [2] qui s'accordent à voir dans l'article 30 une consécration du droit individuel sur les alluvions artificielles, malgré la pratique administrative qui est venue corroborer cette opinion, il ne nous semble pas que le sens donné à ce texte puisse être considéré comme exact. D'après ses termes mêmes, l'art. 30 vise l'hypothèse où des biens appartenant à des particuliers ont acquis une notable augmentation de valeur, à la suite de travaux publics effectués dans le voisinage. Ainsi, c'est une maison située jadis dans une rue étroite et mal aérée qui acquiert un accroissement de valeur subit, par suite de la percée d'une rue large et spacieuse. Ou bien c'est la création d'une route nouvelle qui rend facile l'accès à une propriété jusque-là à peu près inabordable. Dans ces hypothèses, et dans toutes autres semblables, il est hors de doute que les travaux publics ont procuré aux biens des particuliers une plus-value dont ceux-ci doivent tenir compte à l'Etat. C'est alors que doit fonctionner l'indemnité de plus-value. Il y a avantage procuré à un fonds, avantage variable, mais consistant toujours dans une augmentation de la valeur intrinsèque du fonds, jamais, qu'on le remarque, dans une extension de l'étendue de ce fonds. C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'art. 30 : les expressions : «... notable augmentation de valeur... avantages... acquis... » indiquent bien qu'il s'agit de circonstances ayant donné à l'immeuble une valeur in-

[1] Les mots « à la vérité » qui se trouvent dans le considérant semblent bien indiquer que la Cour, après avoir constaté le principe qui selon elle domine la matière, se réfère aux règles suivies dans la pratique administrative.

[2] Cpr. notamment Marais, *op. cit.*, n° 22; Dalloz, *Répertoire*, v° *Travaux publics*, n° 926; Delalleau, v° *Expropriation publique*, II, p. 435.

Digitized by Google

trinsèque, tenant aux conditions nouvelles dans lesquelles il est placé.

Or si l'on suppose, qu'à la suite de travaux publics exécutés sur une rivière navigable, des alluvions artificielles se sont formées en arrière des travaux, il y a là une situation spéciale que ne régit pas l'art. 30. Dans l'hypothèse de ce texte la plus-value conférée au bien d'un particulier ne peut s'isoler, et l'État, qui ne voulait point procurer à ce particulier un avantage gratuit, a été obligé de le forcer à lui payer une indemnité représentant la valeur ajoutée à l'immeuble.

Mais il est évident que l'application de l'art. 30 ne se concevrait plus si l'accroissement de valeur pouvait se distinguer de l'immeuble lui-même, s'en séparer sans qu'il en résulte aucun démembrement de propriété. Alors le fonctionnement de l'indemnité de plus-value ne se conçoit pas. Il serait inexplicable que l'État élève la prétention à une indemnité de ce genre, quand il peut isoler la valeur qu'il a créée, et la reprendre purement et simplement en toute propriété.

D'ailleurs est-il bien exact de dire que les alluvions artificielles constituent une plus-value pour l'immeuble auquel elles adhèrent? En réalité, dans l'espèce il y a création d'une propriété nouvelle parfaitement distincte de l'ancienne. L'adjonction à un champ, à une prairie... d'une parcelle de terrain plus ou moins étendue ne peut constituer pour la prairie ou pour le champ une plus-value au sens vrai du mot : il y a, plus exactement, développement, extension d'une propriété antérieure. De même, l'adjonction de l'alluvion artificielle aux héritages privés n'entraîne point pour eux une augmentation de valeur. Elle forme une propriété distincte qui échappe par là même à l'application de l'article 30, et doit revenir à l'État qui en est le créateur. L'importance que présentent, en général, les alluvions artificielles, la rapidité avec laquelle elles se forment, tout contribuera à les distinguer de l'héritage privé, à établir la ligne de démarcation nécessaire. L'incertitude des limites respectives des deux propriétés n'est donc pas, comme on l'a soutenu, un argument péremptoire contre notre solution [1].

[1] Cpr. sur cet argument Porée, *op. cit.*, n° 9.

Digitized by Google

Mais si l'application du principe de l'indemnité de plus-value aux alluvions artificielles ne se justifie pas en théorie, du moins ne s'impose-t-elle pas en pratique. Ce serait attribuer, en droit, à la pratique administrative une trop grande importance que de considérer ses décisions comme pouvant au besoin modifier la loi, et écarter les conséquences découlant de son texte. Les décrets de 1853 et 1854, ainsi que les actes subséquents du même genre, ont méconnu les droits de l'État (arg. art. 41, L. de 1807) : émanés du pouvoir exécutif, ils n'ont pu abroger un texte de loi positif et formel. Strictement les remises d'atterrissements opérées en exécution de leurs dispositions devraient être considérées comme nulles. Mais si l'administration, par crainte de complications avec les riverains, ne veut point exciper de ses droits à demander la nullité, il est certain du moins que les remises qu'elle a faites ne constituent point des précédents de nature à lier l'État pour l'avenir. Il peut renoncer à se prévaloir de l'art. 30 de la loi de 1807, et revenant à l'affirmation de son droit de propriété, appliquer l'Ordonnance du 23 septembre 1825.

Ce n'est pas à dire, et cette remarque fera mieux ressortir encore la portée exacte de la loi de 1807, que l'Etat, à l'occasion des ouvrages par lui opérés sur le bord des rivières navigables, ne puisse se prévaloir de l'art. 30. Il se peut, en effet, que les travaux exécutés aient procuré aux fonds riverains une plus-value évidente. La digue construite protège désormais contre les inondations certains fonds qui antérieurement s'y trouvaient sans cesse exposés, ou bien elle a eu pour résultat l'assainissement de terrains autrefois marécageux... Dans tous ces cas, l'existence de la plus-value est certaine : l'art. 30 pourra être appliqué. L'accomplissement de travaux publics sur le bord d'un fleuve est donc de nature à donner éventuellement naissance au profit de l'État à deux droits essentiellement distincts : 1° un droit de propriété, si l'exécution des travaux publics a déterminé la formation d'alluvions artificielles ; 2° un droit de créance (droit à une indemnité de plus-value), si les travaux publics ont provoqué une augmentation de valeur.

Cette coexistence des deux droits révèle clairement la différence qui les sépare. Dans les exemples cités il est difficile d'assimiler

Digitized by Google

et de soumettre à des règles identiques : 1° l'alluvion artificielle qui constitue une propriété nouvelle et distincte de la propriété riveraine. 2° Les plus-values proprement dites qui consistent dans une amélioration directe et intrinsèque des fonds riverains, sans extension de leurs limites antérieures.

Nous avons exposé les arguments principaux qu'on peut faire valoir pour justifier l'attribution à l'Etat, non seulement des relais subits, mais encore des alluvions artificielles, et réfuté par voie de conséquence les principales objections que ce système a suscitées.

10. On ne saurait passer sous silence certaines objections secondaires plutôt de fait que juridiques. — On prétend que le droit de propriété reconnu à l'Etat sur les alluvions artificielles lui confère en quelque sorte le pouvoir d'en créer à son gré. Il est dès lors à craindre qu'il n'abuse de cette faculté pour provoquer par toutes sortes de travaux la formation d'atterrissements, au détriment même des particuliers. Les propriétés situées sur la rive opposée sont exposées à être submergées par les eaux refoulées par l'effet des travaux.

De pareilles craintes paraissent chimériques. Le plus souvent le profit que l'Etat retirera des alluvions artificielles sera sensiblement inférieur au prix que lui auront coûté les travaux qui les auront provoquées. Le bénéfice de l'opération sera souvent illusoire. Il est toujours aléatoire, et cela suffit pour détourner l'Administration de pareilles entreprises. Enfin si des travaux avaient été effectués pour amener la formation des alluvions artificielles, l'Etat, en agissant ainsi, n'userait que des droits qui lui appartiennent sur le lit des fleuves. Propriétaire de ce lit, il est libre d'accomplir dans toute son étendue les travaux qui lui conviennent. Peu importe le but dans lequel ils interviendront, but d'utilité générale, si l'intérêt de la navigation ou tout autre motif analogue les a motivés, but fiscal, si la cause qui les a déterminés est uniquement le désir de rendre l'Etat propriétaire des terrains d'alluvion qui en résulteront.

On allègue encore que l'attribution des atterrissements à l'Etat aura pour conséquence de priver désormais les riverains de la contiguité des cours d'eau et des avantages immédiats qu'elle pouvait conférer (droit d'abreuvage, d'embarcation, etc.). C'est une

Digitized by Google

raison de plus, dit-on, pour écarter la prétention de l'Etat. — Cette objection comporte des réfutations multiples. En fait, tout d'abord, les avantages que procurait aux riverains la contiguité de l'eau seront nuls dans la majorité des cas, et dès lors dans la pratique tout au moins, l'objection perd généralement sa valeur. En théorie on remarquera que les avantages de la contiguité du cours d'eau sont le plus souvent précaires. Ils sont, sauf de rares exceptions, subordonnés au bon vouloir de l'administration qui a toujours le droit de les supprimer dans l'intérêt général. D'ailleurs, si la gravité du préjudice causé peut rendre légitime un recours en indemnité contre l'Etat, elle ne peut jamais avoir pour conséquence de faire admettre le droit de propriété des riverains sur les alluvions artificielles. L'existence d'un dommage ne saurait avoir pour résultat de transporter à la victime, comme réparation, la propriété de la chose dont il procède.

Cependant parmi les préjudices divers qui peuvent résulter de l'apparition des atterrissements il en est un qui, malgré son caractère éventuel et essentiellement aléatoire, doit attirer l'attention. L'existence de la digue et de l'alluvion artificielle qui s'y adjoint, privera le riverain de l'extension que sa propriété aurait pu recevoir, si des alluvions naturelles s'étaient formées sur ses bords. Il y a là, a-t-on soutenu, la privation pour le riverain d'un avantage qui lui est assuré par la loi (art. 556, C. civ.), et dès lors, comme compensation, il est équitable de lui accorder la propriété des alluvions artificielles. — La compensation due aux riverains pour la privation des alluvions naturelles résulte suffisamment de la construction des digues, et il serait exagéré d'y ajouter l'attribution des atterrissements. Les digues, ou les autres travaux, protégeront désormais les riverains contre les ravages inséparables du voisinage d'un fleuve.

Or, si l'on consulte les travaux préparatoires, il apparaît que les alluvions naturelles ont été attribuées par les rédacteurs du Code civil aux riverains, uniquement comme une réparation du dommage que peut leur causer le voisinage du cours d'eau. « Là où est la perte, là doit être le profit, a dit Portalis ». Mais si telle est la raison véritable de l'attribution des alluvions aux particuliers, cette raison disparaît et avec elle la conséquence qui

Digitized by Google

s'y rattache; dans le cas où des travaux ont mis les riverains à l'abri des atteintes de la rivière. Alors le danger s'évanouit et logiquement le profit doit cesser. Au surplus il serait excessif de laisser aux riverains, en remplacement des alluvions naturelles qu'ils ne peuvent plus espérer d'acquérir, les atterrissements formés en arrière des digues. Généralement l'alluvion naturelle ne représente qu'une valeur minime, et ne confère à la propriété riveraine qu'un accroissement le plus souvent insignifiant. Les terrains alluvionnaires apparus à la suite de travaux publics ont, au contraire, presque toujours une importance considérable. Il est donc anormal de les attribuer à titre de compensation de l'alluvion naturelle. La compensation dépasserait de beaucoup le préjudice éventuel : elle aurait les caractères d'un *donum fortunæ*, elle constituerait pour le riverain un gain que rien n'expliquerait.

(*à suivre*). ET. DELBOY.

BIBLIOGRAPHIE.

De l'ordre public en droit international privé,

Par M. PILLET, agrégé à la Faculté de droit de Grenoble,
Compte rendu par M. A. CHRÉTIEN, agrégé à la Faculté de droit de Nancy.

Des idées neuves, des idées justes, d'aucunes présentant à la fois ces deux caractères; tel est le bilan de cette étude.

Le cas de M. Pillet est d'autant plus méritoire que le terrain qu'il a entrepris d'explorer et de nous faire connaître est plus vaste et plus glissant. L'ordre public! Les nécessités de l'ordre public, cette grande arme défensive de la loi territoriale dans les conflits! Est-il une notion plus vague, plus difficilement définissable que celle-ci? C'est cependant à l'enfermer dans des limites rigoureuses que s'est attaché l'auteur. Je me hâte d'ajouter que dans une large mesure il a réussi, rendant ainsi un signalé service à tous ceux qui, à un titre quelconque, ont à trancher les questions soulevées par les conflits de lois.

Je ne m'arrêterai pas longtemps au premier chapitre consacré

Digitized by Google

aux Notions générales et à l'Historique. Que des Romains jusqu'à la Révolution française on n'ait pas eu une notion précise de l'ordre public et de ses nécessités, rien d'étonnant à cela. Pour que pareille idée se fixât et prît corps, il fallait dans l'Etat l'unité de législation, il fallait surtout une société organisée, centralisée et uniformisée comme l'est notre société française moderne, fruit de la constitution de l'an VIII. Peut-être n'eût-il pas été mauvais de le faire ressortir? L'auteur ne l'a pas pensé. Passons !

Voici venir, avec le chapitre II, la codification française et les temps modernes. « Nous entrons dans le droit contemporain où « la territorialité des lois d'ordre public nous apparaît comme « une maxime incontestée. » L'idée est née d'un ordre public exigeant et despote, courbant sous son niveau nationaux et étrangers. Mais, quelles seront exactement ses exigences? Quelles dispositions législatives formeront son empire? A quoi les reconnaître?

Toute la théorie de M. Pillet à cet égard peut se résumer ainsi :

« I. Les exigences de l'ordre public doivent être renfermées « dans les limites les plus restreintes. En conséquence sont seules « d'ordre public les lois absolument indispensables à la conser- « vation de l'Etat.

« II. L'ordre public ainsi compris présente quatre caractères.

« *a*) Il est *exceptionnel*, les dispositions absolument indispen- « sables à l'existence de la société ne constituant qu'une faible « minorité.

« *b*) Il est *un* et il n'y a pas lieu de distinguer un ordre public « national d'un ordre public dit international. Car les conditions « essentielles à la conservation de l'Etat sont les mêmes tant au « regard des nationaux qu'au regard des étrangers.

« *c*) Il est *national* c'est-à-dire que ses exigences sont limitées « par celles de la conservation de l'Etat où il est invoqué.

« *d*) Il est *actuel* parce qu'il suppose l'idée de nécessité et que « la notion de nécessité emporte celle d'actualité.

« III. Il produit deux effets, l'un direct, l'autre indirect ou « réflexe.

Digitized by Google

« *a*) *Effet direct.* — Le juge a le droit et le devoir d'arrêter « l'application de la loi étrangère compétente et de lui substituer « les dispositions correspondantes de la loi nationale lorsque « l'ordre public est en jeu.

« *b*) *Effet réflexe.* — Chaque État doit considérer comme « régulières et fondées les décisions rendues à l'étranger par ap- « plication du principe de la territorialité des lois d'ordre public. »

Ainsi présentée la théorie de l'ordre public est assurément ingénieuse. La notion originaire est vraie. Presque toutes les déductions sont logiques, donc exactes. Les lois d'ordre public sont bien en effet les lois nécessaires à la conservation de l'Etat. En tant que lois de nécessité elles présentent bien un caractère national et actuel. Sachons gré à l'auteur d'avoir nettement dégagé cette idée.

Pourquoi faut-il hélas ! que le point faible de l'œuvre soit précisément la partie sur laquelle il a entendu planter son drapeau ; l'idée même de l'ordre public ? Toutes les subtilités possibles ne peuvent nous faire perdre de vue qu'il est des lois absolument obligatoires pour les nationaux *en tant que nécessaires à la conservation de l'Etat* et qui malgré ce caractère n'atteignent pas les étrangers. Ex.: Lois relatives à l'état, à la capacité des personnes, à l'organisation de la famille. Qu'est-ce à dire en bon français, sinon que l'ordre public a vis-à-vis des nationaux des exigences qu'il n'a pas vis-à-vis des étrangers ; en d'autres termes qu'il y a deux ordres publics, l'un national et restreint, l'autre international ou, si l'on préfère, général et absolu? Pourquoi se refuser à confesser l'évidence ? Espère-t-on arriver à une notion plus simple et plus exacte des exigences de l'ordre public ? Qu'on lise les pages 30 et suivantes où l'auteur prend mille peines pour prouver que les dispositions de notre droit positif relatives à la protection des incapables ne sont pas d'ordre public, et l'on se rendra compte de l'inanité d'un pareil espoir. A propos de l'incapacité des mineurs, que de subtilité dépensée pour développer une idée absolument inapplicable à la femme mariée étrangère ou au prodigue étranger affranchis de toute surveillance ou direction par leur loi nationale !

Non ! quoi qu'en pense M. Pillet, ce qui est d'ordre public

Digitized by Google

dans nos lois concernant la protection des incapables, ce n'est pas que le mineur, la femme mariée, le dément, le prodigue soient *l'objet d'une protection quelconque ;* c'est que le *mineur français*, la *femme française*, le *dément français* soient frappés des incapacités protectrices *édictées par la loi française*. Ces incapacités sont bien d'ordre public parce qu'elles constituent aux yeux du législateur une des conditions du fonctionnement, de la conservation de la société française. Mais elles sont d'ordre public purement national parce que ce même législateur n'a entendu statuer que pour les membres réguliers et normaux de cette société.

N'admettant pas cette idée maîtresse de l'unité de l'orde public, je me trouverai en désaccord avec l'auteur sur les principales conséquences qu'il en tire. Cela prouve tout au moins que nous sommes l'un et l'autre logiques.

Je n'insisterai pas davantage. M. Pillet a évidemment été séduit *a priori* par cette idée de l'unité de l'ordre public qui lui a semblé une heureuse simplification. Point n'est besoin d'être devin pour se douter qu'il a dû perdre, chemin faisant, beaucoup de ses illusions. Pour la mener à ses conséquences dernières il a dû faire appel à toute l'ingéniosité de son esprit. Le travail auquel il s'est livré est à ce titre fort intéressant pour le lecteur qui, en se recueillant, ne manquera pas de penser que, pour avoir nécessité tant d'efforts, la cause devait être bien risquée et difficile à soutenir.

Combien plus simples, plus vrais, plus luminenx sont les développements consacrés à la détermination des effets de l'ordre public (chap. V). L'auteur se sent ici à l'aise, sur un terrain solide, admirablement aménagé par lui. Sa distinction des effets *directs* et *réflexes* est une trouvaille heureuse. Elle lui appartient bien; et cette propriété au moins, il ne se l'est pas taillée aux dépens de la vérité juridique. L'impression de la fin est excellente. C'est celle que le lecteur conservera. Décidément M. Pillet est un habile. Nous le savions de reste; nous en douterons maintenant moins que jamais. A. CHRÉTIEN.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ENREGISTREMENT

Par M. Ch. Testoud, professeur à la Faculté de droit de Grenoble.

Enregistrement. — Droits de mutation par décès. — Privilège. (Caen 24 janvier 1888. J. d. P. 1890, p. 1176).

Cet arrêt suppose admis en principe un privilège sur les revenus des biens héréditaires, pour assurer le paiement des droits de mutation par décès. Ce principe étant admis comme point de départ, la Cour tranche une série de questions de détail, qui s'étaient posées au sujet de l'application du privilège du trésor. C'est ainsi qu'il est jugé que ce privilège peut s'exercer sur les revenus des biens légués, à titre particulier, pour le montant des droits à recouvrer sur le légataire universel. Toutefois, le droit de préférence est écarté par l'arrêt : 1° pour les biens acquis en échange des biens héréditaires ; 2° pour les biens déclarés insaisissables par la loi. Les revenus de ces deux catégories de biens sont à l'abri du privilège. Enfin, le droit lui-même est seul garanti, avec les décimes ; le droit en sus ne bénéficie pas de la disposition de l'art. 32 de la loi de frimaire.

Les trois dernières solutions nous semblent de toute évidence et il est bon de les mettre immédiatement en dehors de tout débat. Les revenus des biens acquis avec le prix des valeurs successorales sont certainement à l'abri de l'action du trésor. On ne saurait accueillir, sans un texte formel, l'idée d'une subrogation réelle, qui est du reste étrangère à notre législation sur les privilèges. Les privilèges ne se reportent pas d'un bien sur un autre. Ils peuvent comporter le droit de suite et s'attacher aux biens grevés, entre les mains des tiers détenteurs. C'est ce qui ne se produit pas du reste pour le prétendu privilège du trésor, en matière de droits de mutation. (Avis du Conseil d'Etat du 21 sept. 1810). Mais, ils ne passent pas, du bien primitivement affecté, à celui qui a pu être acquis en échange du bien affecté.

Il n'y a pas lieu non plus d'insister sur l'exclusion du droit du

Digitized by Google

trésor, quand il s'agit des revenus des biens déclarés insaisissables par la loi. L'art. 32 de la loi de frimaire parle d'une saisie de revenus et il réserve nécessairement les cas dans lesquels, en vertu des lois spéciales, les revenus sont insaisissables.

Quant aux droits en sus qui sont exigibles soit que la déclaration ait été omise, soit qu'elle ait été faite en retard, ils ne pouvaient participer à la garantie de l'art. 32. La solidarité n'a pas lieu pour les droits en sus. Chaque successeur ne doit donc que les droits en sus auxquels il s'est exposé par sa négligence, et les revenus d'un lot, s'ils peuvent être saisis pour les droits dont tous sont responsables solidairement, ne peuvent être saisis que pour les droits en sus dont le titulaire du lot est débiteur.

Il n'y a de vraiment controversable, parmi les problèmes résolus par la Cour de Caen, que la question de principe de l'existence du privilège et par suite la question de savoir si les biens légués à titre particulier peuvent être saisis, en paiement des droits incombant aux légataires universels.

Que le Trésor jouisse d'un privilège, pour les droits de mutations par décès, sur les revenus de la succession, ce point paraît admis aujourd'hui par tout le monde, soit en jurisprudence, soit en doctrine. L'arrêt de Caen ne fait que reproduire la solution unanime des arrêts et des auteurs. (Voir particulièrement, parmi ces derniers, M. G. Demante, *Principes de l'Enregistrement*, tome II, nos 665 et suivants. E. Naquet, *Traité de l'Enregistrement*, tome III, 1222-1223. Aubry et à Rau, *Droit civil*, tome III, § 264 *bis*, p. 178). On ne peut guère citer, dans la doctrine, que M. Paul Pont, qui dans son traité des privilèges et hypothèques a très formellement contesté à la Régie de l'enregistrement le privilège sur les revenus, puisé dans l'art. 32 (P. Pont, tome Ier, no 24, p. 36).

Dans une dissertation, dont il a accompagné l'arrêt de Caen (*J. d. P. loc. cit.*), M. Alb. Wahl a repris avec talent la théorie de M. Pont. La controverse que l'on pouvait croire éteinte a reçu ainsi un nouvel aliment, et il n'est pas inutile de remettre sous les yeux des lecteurs les éléments de la discussion.

Le système qui admet l'existence du privilège ne repose pas

Digitized by Google

sur une argumentation bien solide. Il invoque surtout, et l'on pourrait dire uniquement, l'art. 32 § 3 de la loi du 22 frimaire an VII, ainsi conçu : « La nation aura action sur les revenus des biens à déclarer, en quelques mains qu'ils se trouvent, pour le paiement des droits dont il faudrait poursuivre le recouvrement. » Voilà tout le fondement du privilège que la jurisprudence a reconnu au Trésor. Le texte, comme on le voit, ne brille pas par la précision. Le mot de privilège n'y est pas prononcé; l'idée de préférence n'y est pas indiquée; le rang auquel le trésor viendrait, dans la distribution du montant des revenus grevés du prétendu privilège, n'est pas fixé. Aux yeux de M. G. Demante (*loco cit.*), l'existence du privilège n'est pourtant pas douteuse. « L'Administration, dit cet écrivain, a une action sur les revenus, c'est-à-dire, une action réelle. Action réelle, cela implique droit de préférence sur les créanciers et droit de suite contre les tiers acquéreurs, en d'autres termes un véritable privilège limité aux revenus des biens à déclarer. »

La tradition historique joue aussi un rôle dans l'argumentation de M. G. Demante. L'art. 32 § 3 ne serait que la reproduction de l'art. 24 de la coutume de Paris, sur la saisie féodale. « Le seigneur féodal se peut prendre à la chose pour les produits de son fief. » Grâce à la saisie féodale, le seigneur était, pendant le cours de cette saisie, propriétaire exclusif des revenus de toute nature produits par le fief, et cela par préférence à tous autres créanciers du vassal. Il en serait de même aujourd'hui pour les droits de mutation par décès. La créance du trésor aurait remplacé la créance du seigneur et jouirait des mêmes avantages.

Ce serait du reste avec intention que le privilège du trésor aurait été restreint aux revenus et que le législateur se serait refusé à l'étendre aux capitaux. Les droits de mutation par décès avaient été fixés tout d'abord au montant présumé d'une année de revenus. Il suffisait dès lors de faire porter le privilège sur les revenus. Il était inutile de l'étendre aux capitaux.

Le principe de la non distraction des charges, dans la fixation de la base de perception des droits (14 al. 8, 15 al. 7 de la loi de frimaire), a aussi été invoqué à l'appui du privilège, comme on verra plus loin.

Digitized by Google

Toutefois, ce privilège ne comporterait que le droit de préférence et n'entraînerait pas de droit de suite. L'avis du Conseil d'Etat du 21 septembre 1810 porte en effet que ni pour le droit principal dû à l'occasion d'une mutation par décès, ni conséquemment pour le droit et le demi droit en sus, dont la peine est prononcée par l'art. 39 de la loi du 22 frimaire au VII, l'action accordée par l'art. 32 de cette loi ne peut être exercée au préjudice des tiers acquéreurs. Le droit de préférence à l'encontre des créanciers est ainsi de plus fort consacré, par cette exclusion du droit de suite.

M. Serrigny (*Revue crit.*, tome IX, p. 544) insiste sur l'argument tiré de la non distraction des charges, pour l'établissement du droit de mutation par décès. Les art. 14 8° et 15 7° de la loi du 22 frimaire an VII décident que la valeur des biens meubles et immeubles se liquide pour les transmissions par décès, sans distraction des charges. « Il résulte de là, dit M. Serrigny, que, vis-à-vis de la Régie, les dettes des successions ouvertes sont comme n'existant pas, puisqu'elles ne lui sont pas opposables et ne peuvent avoir aucune influence sur les droits qui lui sont dus. » On ajoute que les textes dont il s'agit n'ont pas seulement pour but de fixer les bases à suivre pour la liquidation et la fixation des droits proportionnels. Ils visent non seulement la liquidation, mais aussi le paiement des droits proportionnels. Par suite, la loi règle, par cette disposition célèbre sur la non distraction des charges, d'abord les rapports de la Régie avec les redevables, au point de vue du paiement des droits, et ensuite les rapports du trésor avec les divers créanciers de la succession et du redevable. M. Serrigny fait application de ces idées en matière de successions vacantes et montre que le principe de la distraction des charges entraîne en pareil cas, comme conséquence nécessaire, le privilège de la Régie au moins sur les revenus. Même observation dans le cas de succession bénéficiaire.

Mentionnons enfin un arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 1839 qui donne pour fondement au privilège du trésor l'art. 2098, C. civ. Cet article suppose que le trésor a un privilège pour sa garantie et il renvoie aux lois spéciales, pour la fixation du rang de ce privilège. Les défenseurs les plus ardents de la thèse

Digitized by Google

que nous exposons ne s'appuient plus sur cet argument. D'une part supposer n'est pas disposer, et l'art. 2098 suppose que le trésor a un privilège, mais ne l'établit pas positivement. D'autre part, ce texte renvoie aux lois spéciales et par conséquent le débat revient toujours sur les dispositions de la loi du 22 frimaire an VII.

Nous pensons pour notre part, comme M. Wahl dans la dissertation citée plus haut, que l'existence du privilège du trésor en matière de droits de mutation par décès est très contestable.

Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu d'insister sur la tradition historique, antérieure à la Révolution. Cette tradition nous est manifestement contraire (Voir sur les précédents les citations de M. Serrigny, empruntées au Dictionnaire des domaines). Il y a même à cet égard une circonstance qui mérite d'être mise en lumière. Les difficultés qui se rattachent à l'application du privilège du trésor s'étaient à peu près toutes présentées à l'occasion du droit de centième denier et elles paraissent avoir reçu autrefois les mêmes solutions que de nos jours. C'est ainsi que l'on avait jugé que les droits étaient dus en cas de successions vacantes, comme en cas de successions acceptées. C'est ainsi également que le droit de préférence ne garantissait que les droits simples et non les triples droits. « M. l'intendant de Grenoble, dit le Dictionnaire des domaines (tome II, p. 362), ayant demandé au Conseil si le fermier devait avoir la préférence pour le triple droit de centième denier, comme pour le droit principal, il fut répondu, le 14 août 1747, par M. de Furoy, intendant des finances, que le triple droit étant une peine ou amende, ne peut être exigé par préférence. »

Mais la tradition ne suffit pas pour faire admettre l'existence d'un privilège. Les privilèges sont de droit étroit; ils ne peuvent résulter que d'un texte et non d'une tradition antérieure au texte. Il faut donc rechercher si les lois existantes consacrent le droit de préférence du trésor.

La disposition capitale sur laquelle roule cette controverse est celle de l'art. 32, § 3. Consacre-t-elle le droit de préférence, en termes positifs?

Nous ne saurions le croire. Ce paragraphe ne contient pas le

Digitized by Google

mot : Privilège. Il ne contient aucune allusion au droit de préférence. Sans aucun doute, les privilèges n'ont pas besoin d'être institués en termes sacramentels, mais encore faut-il que les termes de la loi soient précis et ne soient pas sujets à interprétations diverses. Dire que « la nation aura action sur les revenus », est-ce dire par là même que la nation aura privilège sur les revenus? Personne n'oserait le soutenir. A la vérité, l'art. 32, § 3, ajoutait : « en quelques mains qu'ils se trouvent », et cette formule semblait impliquer un droit de suite, qui aurait lui-même rendu vraisemblable le droit de préférence. Mais il ne faut pas oublier que cette partie du texte a été effacée par l'avis du Conseil du 21 septembre 1810.

Le trésor ne peut plus saisir les revenus entre les mains des tiers détenteurs et il suffit d'une aliénation précipitée et précipitamment transcrite pour faire s'évanouir le prétendu privilège. On admet même qu'une transcription de saisie immobilière, ayant pour résultat l'immobilisation des fruits et revenus (682, C. pr. civ.), ferait passer les créanciers hypothécaires avant le trésor (E. Naquet, *loco cit.*, n° 1229). Le privilège du trésor, dépourvu du droit de suite, est donc désormais essentiellement précaire. Le Conseil d'État, par l'avis de 1810, a-t-il voulu affaiblir ce privilège? A-t-il voulu au contraire reconnaître qu'il n'existait pas? Il paraît peu vraisemblable que cette assemblée ait voulu seulement diminuer la garantie du Trésor. Nous aimerions mieux croire qu'elle a pensé qu'elle n'avait pas été établie par la loi de l'an VII.

Ce qui nous confirme dans cette appréciation, c'est un incident des travaux préparatoires du Code civil, que M. Pont a eu soin de signaler dans son traité des privilèges. Le projet de l'art. 2104 du Code civil mentionnait comme privilège général sur les meubles et les immeubles, « le privilège établi en faveur de la régie des domaines, relativement aux droits dus pour les ouvertures de successions. » Cette rédaction fut rejetée. Il est vrai que l'on en donna pour raison que les privilèges du trésor seraient énumérés et classés ultérieurement, dans un texte général qui n'a pas été voté. Mais, il est digne de remarque que les lois spéciales, préparées dans la suite par le Conseil d'État et votés sur sa proposition, ont, en classant les divers privilèges du tré-

Digitized by Google

sor, omis de faire la moindre allusion à un privilège qui garantirait les droits de succession. Ces incidents des travaux législatifs sous le premier Empire nous porteraient à croire que l'avis de 1810 a eu pour but de nier le privilège et non de l'affaiblir, ce qui ne pouvait que difficilement entrer dans les vues du Conseil d'État.

Il n'est du reste pas difficile d'interpréter raisonnablement l'art. 32 § 3, sans recourir à l'idée de privilège. M. Wahl fait remarquer avec finesse qu'il ne faut pas isoler le § 3 de l'art. 32 des dispositions qui le précèdent. Le § 2 de cet article avait rendu les héritiers solidaires envers le trésor ; le § 3 n'aurait fait que développer le principe de la solidarité en permettant la saisie des revenus, pour la totalité des droits. A la vérité, les revenus sont saisissables, même au préjudice des légataires, qui ne sont pas tenus solidairement avec les héritiers. Mais, comme le dit M. Wahl, ce serait par exception à cette règle et pour atteindre les légataires particuliers que l'art. 32 aurait donné au trésor action sur les revenus, en quelques mains qu'ils se trouvent. L'avis du Conseil d'État de 1810 ne contrarie en rien cette interprétation. Dans les motifs qu'il invoque, le Conseil fait figurer uniquement le principe de la solidarité. L'art. 32, dit-il, ne concerne que les personnes dénommées au § 1er. Les deux paragraphes suivants n'ont pour objet « que d'expliquer les obligations qui résultent de la disposition principale pour chacune de ces mêmes personnes savoir : pour les co-héritiers, la solidarité et pour tous, même pour les donataires et légataires à titre particulier, l'affectation des revenus au paiement du droit. » On peut donc justifier le § 3 de l'art. 32 par la solidarité établie entre les co-héritiers. Quant à l'affectation des revenus au paiement du droit, le Conseil d'État n'a pas dit qu'elle fût privilégiée : et d'autre part, elle était conforme aux vues des auteurs de la loi de l'an VII qui, dans la détermination des droits, s'étaient efforcés des les égaliser aux revenus d'une année, afin qu'il ne fût pas nécessaire d'entamer le capital pour pourvoir au paiement de l'impôt.

Faut-il réfuter l'argument que l'on puise dans les art. 14 nº 8 et 15 nº 7 de la loi de frimaire qui établissent le principe de la non distraction des charges ? On ne peut s'empêcher de croire à

Digitized by Google

une illusion chez M. Serrigny qui attachait tant d'importance à cet argument. Comme le dit très nettement M. Wahl, il résulte de ces textes non que le trésor doit être préféré aux créances de la succession, mais que les droits doivent être calculés sur l'actif brut. Quelle contradiction y a-t-il entre les deux idées : d'une part, calcul du droit, sans distraction des charges et d'autre part, absence de privilège pour assurer le recouvrement du droit ? N'est-il pas exorbitant déjà qu'un impôt de mutation soit perçu sur une succession dont l'actif est absorbé en grande partie par les dettes et faut-il de plus que cet impôt ainsi établi soit dû par préférence à toutes autres créances ? La solidarité entre héritiers n'était-elle pas pour le trésor une garantie suffisante ? Ajoutons enfin que personne n'ignore que le principe de la non-distraction des charges a été admis, non dans le but de créer un privilège, mais dans le but de prévenir les fraudes consistant à diminuer, à absorber même la succession par des dettes fictives. Les textes sur lesquels M. Serrigny s'est appuyé sont, nous semble-t-il, étrangers à la question.

La Régie ne s'est du reste jamais fait beaucoup d'illusion sur la valeur des considérations invoquées par les défenseurs de son privilège. Elle a voulu, en 1804, le faire consacrer dans un texte du Code civil. Son échec ne l'a pas découragée. En 1848, à propos d'un projet de loi sur les droits de mutation par décès, elle a renouvelé infructueusement sa tentative. Elle la renouvellera encore certainement lors des débats sur le projet de loi actuellement en discussion sur la distraction des charges. La vérité est qu'un privilège ne peut pas être solidement appuyé sur un texte aussi obscur que celui de l'art. 32 § 3 et qu'il n'y a rien de commun d'autre part entre l'idée du privilège et le principe de la non distraction des charges.

Reste la dernière question résolue par la Cour de Caen. L'arrêt permet la saisie des revenus de biens légués à titre particulier pour les droits de succession. Après les observations qui précèdent, nous sommes obligés de décider que cette saisie ne peut avoir lieu. Il n'y a pas en effet de solidarité entre les héritiers et les légataires pour le paiement des droits. Ceux-ci ne peuvent donc voir les revenus de leurs legs saisis que pour les droits qui

Digitized by Google

leur incombent. Les motifs d'une saisie pour la totalité des droits font ici complètement défaut.

Mutation par décès. — Créance sur un débiteur failli. (Cass. civ. 4 mars 1890. *Journ. du Pal.*, 1891, p. 52).

L'arrêt du 4 mars 1890 résout deux questions principales : 1° D'après quelle base doit être calculé le droit de mutation par décès, lorsque dans une succession se trouve comprise une créance sur une faillite; 2° quelle est la prescription applicable à la réclamation des suppléments de droits, lorsque, postérieurement à la déclaration, des dividendes nouveaux sont distribués?

Sur la première question, la Cour décide que le droit de mutation doit être calculé « sur la totalité du capital exprimé dans l'acte. » Il n'y a donc pas lieu à évaluation des créances, dans la déclaration. Les créances sont évaluées, par les titres mêmes d'où elles résultent. L'évaluation n'est nécessaire qu'en matière de meubles et effets mobiliers proprement dits « qui n'ont pas de valeur fixe et déterminée », comme disent les arrêts du 24 avril 1861 *Palais*, 1861, page 1066 (p. 186, p. 1066).

En ce qui touche la prescription applicable, notre arrêt porte que, si l'administration a accepté une déclaration insuffisante, au lieu d'exiger l'impôt sur le montant nominal de la créance, les droits sur les parties de la créance recouvrées postérieurement se prescrivent par deux années, à partir de la date de la déclaration, conformément à l'art. 61, § 1 de la loi de frimaire.

Ce qui domine dans l'arrêt du 4 mars 1890, c'est la consécration nouvelle donnée par la Cour suprême à une jurisprudence déjà ancienne, d'après laquelle les créances ne sont pas sujettes à évaluation et comportent le droit de mutation par décès, selon leur valeur nominale.

Nous n'insisterons pas sur ce principe, bien qu'il soit possible de le critiquer, bien que d'autre part son fonctionnement ne soit pas sans danger pour la Régie. Il est certainement regrettable de poser en règle générale que le droit de mutation par décès doit être calculé sur le montant nominal d'une créance, alors que par suite de l'insolvabilité du débiteur cette créance est tout à fait

Digitized by Google

sans valeur. L'impôt ne peut et ne doit porter que sur des biens existants et une créance irrécouvrable ne saurait être considérée comme un bien existant. La non distraction des charges est déjà une règle assez rigoureuse. Il ne faut pas l'aggraver, en calculant les droits sur ce qui ne se trouve pas dans la succession. — En vain, allègue-t-on le mode de liquidation du droit d'obligation, d'après l'art. 14, § 2 de la loi de frimaire. Sans doute, on doit alors prendre pour base « le capital exprimé dans l'acte et qui en fait l'objet. » Mais on oublie qu'il y a là deux situations tout à fait différentes. Il est rationnel de compter le droit d'obligation, d'après le montant de cette obligation, au moment où elle prend naissance. Quand il s'agit de la transmission par succession du droit à l'obligation, le droit ne peut être établi que sur la valeur transmise. Il faudrait par conséquent évaluer la créance. — L'art. 14 8° de la loi de l'an VII, au lieu de contredire cette manière de voir, lui donne au contraire plus de force. — Du reste quelle raison logique y aurait-il de traiter les créances sur les particuliers autrement que les actions et obligations cotées à la Bourse et de percevoir le droit de mutation par décès sur la valeur nominative des créances, alors qu'il est perçu sur les valeurs de Bourse, d'après la cote officielle du jour de la transmission? (art. 7 § 3 et 4 de la loi du 18 mai 1850, art. 3 de la loi du 23 août 1871). La loi de 1850 nous semble bien positive, pour justifier le principe de l'évaluation en matière de créance. « Lorsqu'il s'agit de valeurs non cotées à la Bourse, dit-elle, le capital sera déterminé par la déclaration estimative des parties, *conformément à l'art. 14 de la loi du 22 frimaire an VII*, sauf l'application de l'art. 39 de la même loi, si l'estimation est jugée insuffisante ». Il est vrai que la loi du 21 juin 1875, ayant établi des moyens de contrôle des évaluations de meubles, écarte (art. 3) l'application des nouvelles règles, dès qu'il s'agit de créances, de rentes ou autres biens meubles, dont la valeur et le mode d'évaluation sont déterminés par des lois spéciales. Mais nous ne pouvons nous empêcher de croire que c'est par inadvertance que le mot « créances » se trouve dans l'art. 3. Le texte du gouvernement et celui de la commission n'en disaient rien et jusqu'à preuve du contraire, il n'est pas permis de supposer que l'As-

Digitized by Google

semblée nationale ait voulu s'approprier la jurisprudence des arrêts du 24 avril 1861.

Au surplus, la Régie elle-même n'a pas osé faire application complète de son principe. Elle admet les héritiers à déclarer qu'il renoncent pour la totalité à une créance, pour cause d'insolvabilité du débiteur. (Instruction du 15 septembre 1861). Il va sans dire que l'administration apprécie souverainement le point de savoir si elle doit accepter la renonciation. Il va sans dire également que, si la créance est plus tard recouvrée, les droits seront dus. Il n'y a ainsi aucun moyen terme entre le paiement des droits sur la valeur nominale des créances et l'exemption totale. L'évaluation à forfait n'est pas admise. C'est tout ou rien.

Il nous semble que cette pratique est plus dangereuse qu'utile pour la Régie. Dans beaucoup de cas, elle ne peut se refuser à admettre la renonciation des héritiers. Elle ne perçoit par conséquent rien du tout et si plus tard la créance déclarée irrécouvrable vient à être recouvrée en tout ou en partie, il peut se faire et il doit même arriver souvent que le paiement lui échappe et par suite le supplément du droit. Ne vaudrait-il pas mieux pour elle admettre une évaluation qui serait toujours sérieusement contrôlée et qui dans tous les cas motiverait une perception immédiate? — En matière de créance sur un failli, il est est du reste difficile d'admettre la pratique de la Régie. Si un dividende, si petit soit-il, est distribué, elle ne peut pas logiquement admettre la renonciation, puisqu'il y a une partie de la créance qui doit être recouvrée. Faut-il donc alors calculer l'impôt sur la totalité de la créance transmise, quand les 3/4 de cette créance sont perdus? Avec une évaluation on échapperait à cet embarras.

Quoi qu'il en soit, le principe est certain et notre arrêt le consacre *in terminis* une fois de plus.

Reste la question de prescription. Cette question n'offre pas d'intérêt, au point de vue de la controverse qui vient d'être agitée.

Quel que soit le parti que l'on adopte, que l'on adopte la règle du droit exigible sur la valeur nominale de la créance, que l'on se range au contraire à la thèse de l'évaluation par les parties, dans tous les cas la prescription est de deux ans, en vertu de

Digitized by Google

l'art. 61 de la loi de frimaire. Ce texte applique en effet la même prescription dans le cas de supplément de perception insuffisamment faite et dans celui de fausse évaluation. Dans le système de la Régie il y a lieu à un supplément de perception insuffisamment faite. Dans le système des auteurs, on est en présence d'une fausse évalnation. Il n'y a qu'une seule différence entre les deux cas, différence fort bien mise en lumière par M. Wahl, dans la dissertation qu'il a jointe à l'arrêt du 4 avril. Le redevable coupable de fausse déclaration est passible du droit en sus. En cas de supplément de perception insuffisante, aucune faute n'étant imputable au redevable, celui-ci ne peut pas être tenu du droit en sus.

La prescription de deux ans est évidemment un peu courte. Il doit arriver souvent qu'une créance absolument mauvaise, lors du décès, devenue bonne par le retour du débiteur à meilleure fortune, soit recouvrée, plus de deux ans après la déclaration de succession. La Régie est alors écartée par la prescription biennale et elle ne peut que se repentir de la bienveillance avec laquelle elle a accueilli la renonciation. Cette situation a dû fréquemment se produire, en matière de faillite, et elle a inspiré aux jurisconsultes de la Régie un système ingénieux qu'ils ont essayé sans succès de faire prévaloir dans l'arrêt du 4 mars.

La faillite, ont-ils dit, avec quelque apparence de raison, enlève à la créance sa valeur nominale, sur laquelle le droit devrait être perçu. Il n'y a pas alors seulement insolvabilité de fait. Il y a une sorte d'impossibilité légale de recouvrement. Le droit du créancier ne porte plus que sur les dividendes éventuels. On est ainsi en présence d'une créance incertaine. Dès qu'un dividende est mis en distribution, un droit nouveau naît au profit de la succession et les choses doivent se passer absolument comme si un bien nouveau lui advenait ou y était, pour mieux dire, réintégré. Or, en cas de réintégration d'un bien dans une hérédité, les droits ne sont dus qu'à partir de la réintégration et ils ne se prescrivent que par dix ans. (Loi du 18 mai 1850, art. 11). On applique alors la prescription établie pour l'hypothèse de succession non déclarée.

Cette théorie subtile a été repoussée par la Cour et avec rai-

Digitized by Google

son. Nous ne pouvons pas admettre qu'une créance sur une failli soit assimilable à une créance incertaine. Le chiffre de la créance est certain, liquide; son existence n'est pas contestée, au fond. Seulement, elle n'est pas payée. Si des paiements ont lieu plus tard, on ne dira pas, en style juridique, qu'un bien est réintégré dans la succession. Le bien existait; il ne valait rien: il vaut désormais quelque chose; mais il n'y a pas de réintégration. Ce n'est que dans le langage du monde que l'on dira peut-être que ces recouvrements inespérés sont de l'argent trouvé, une sorte de *donum fortunæ*. Légalement, donc, il n'y a pas de réintégration.

Nous ne voyons par suite aucun moyen d'écarter la prescription de deux ans, quels qu'en soient les inconvénients.

La Régie, dans un instruction du 2 juin 1890, a accepté la doctrine de l'arrêt du 4 mars sur la prescription et elle a en même temps indiqué aux préposés une pratique à suivre pour garantir le recouvrement des suppléments de droits. Ceux-ci devraient faire prendre par les héritiers qui auraient renoncé à une créance héréditaire l'engagement formel d'acquitter les droits exigibles au fur et à mesure de la distribution des dividendes. M. Wahl pense que cet expédient est insuffisant. Il y voit une renonciation anticipée à la prescription, interdite par l'article 2220, C. civ. « Les parties, dit-il, hésiteront d'autant moins à souscrire l'engagement demandé, qu'elles pourront légalement le cas échéant se soustraire à son exécution. »

Timbre. — Droit de transmission. — Impôt sur le revenu. — Valeurs étrangères (Cass. civ. 27 janvier 1888. P. 1890, p. 52).

Depuis trente ans environ, le législateur, dans un but facile à comprendre, poursuit l'assimilation au point de vue fiscal des valeurs mobilières étrangères aux valeurs mobilières françaises. La France est, à coup sûr, un des premiers marchés financiers du monde. Il était équitable que les valeurs étrangères y fussent admises. Mais il aurait été contraire à toute justice que ces valeurs pussent profiter des avantages de notre marché sans supporter des charges qui atteignent les valeurs nationales.

Digitized by Google

L'évolution fiscale a commencé par l'art. 9 de la loi du 23 juin 1857. Elle s'est continuée par la loi du 30 mars 1872 et surtout par l'art. 4 de la loi du 29 juin 1872 sur l'impôt, sur le revenu des valeurs mobilières, complété par l'art. 3 du décret du 6 décembre de la même année. Les sociétés étrangères (pour ne pas parler des personnes morales administratives étrangères) doivent payer en France les impôts de timbre, de transmission et enfin l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières : 1° lorsque leurs titres sont cotés ou négociés en France ; 2° lorsque les titres des sociétés ont pour objet des meubles ou immeubles situés en France (art. 3 du décret du 6 décembre 1872). Pour assurer la perception, les sociétés doivent avoir en France un représentant personnellement responsable, agréé par l'administration. De plus, l'administration fixe, sur avis d'une commission spéciale, la quotité imposable, c'est-à-dire la quantité de titres auxquels est applicable la loi fiscale française.

L'arrêt du 27 janvier 1888 résout une difficulté qui ne s'était pas encore présentée, mais dont la solution ne nous paraît pas douteuse. L'art. 4 de la loi du 29 juin 1872 prévoit le cas de titres étrangers cotés, négociés, exposés en vente sur le marché français. Il s'agissait de savoir si la cote était la condition *sine qua non* de l'exigibilité de l'impôt ; ou si au contraire l'impôt était dû, quels que fussent les modes de circulation des titres.

Notre arrêt admet l'interprétation la plus large. L'impôt est dû, soit que les titres soient cotés à la Bourse, soit qu'ils circulent de toute autre manière.

On ne pouvait faire valoir contre la Régie que deux considérations, l'une et l'autre de réfutation facile.

Après la loi du 23 juin 1857, était intervenu un décret réglementaire du 17 juillet pour l'application des impôts alors existants aux sociétés étrangères. Or l'art. 10 de ce décret n'avait visé que les sociétés « qui ont été autorisées à faire coter leurs actions ou obligations à la Bourse de Paris ou dans les Bourses départementales. » La cote à la Bourse était donc la condition nécessaire de l'exigibilité de l'impôt.

On a ajouté que l'impôt n'est possible à percevoir qu'autant qu'est déterminée la quotité de titres imposables. (Voir les décrets

Digitized by Google

des 24 mai et 6 décembre 1872). Or, on peut bien connaître, avec une exactitude approximative, le nombre de titres faisant l'objet de négociations officielles dans les Bourses, mais on ne saurait songer à évaluer même par à peu près la quantité de titres qui peuvent circuler sur le marché libre.

La Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à ces deux considérations. La première est détruite par les textes des lois de 1857 et de 1872, ainsi qu'on le verra bientôt. La seconde ne fait que mettre en lumière les difficultés que rencontrera l'application de l'impôt, quand les titres non cotés ne circuleront que sur le marché libre. Mais, comme on l'a dit, avec raison, de ce qu'un impôt est d'application difficile, il ne suit pas qu'il ne soit pas dû. L'administration peut, du reste, par les bureaux des banques établies en France, connaître la moyenne des coupons payés et par suite la moyenne des titres circulant. Elle dispose à cet égard de moyens d'investigation précieux.

Les textes ne permettent pas l'hésitation. Depuis la loi de 1857 (art. 3), jusqu'à la loi de 1872 (art. 4), le législateur a toujours parlé de titres *cotés et négociés*. Evidemment, il n'y a pas là un vulgaire pléonasme. On a voulu embrasser dans la même formule tous les modes possibles de circulation des titres. La loi du 29 juin 1872 a même redoublé à dessein ses expressions, pour écarter toute espèce de doute. Elle parle (art. 4) de titres « *cotés, négociés, exposés en vente.* » Le décret du 6 décembre 1872 parle de titres « cotés ou qui circulent. » Enfin, lors de la discussion de loi du 30 mars 1872, le sens général du mot : *négociés* a été mis en lumière par M. Mathieu Bodet avec la plus grande netteté, « Si l'on empêchait, disait-il, la négociation dans la coulisse des valeurs étrangères qui n'ont pas acquitté les droits auxquels les titres français sont soumis, on arriverait à forcer toutes ces valeurs à payer l'impôt. — Ce remède, nous croyons l'avoir trouvé. »

Si enfin on considère le but que le législateur poursuit depuis trente ans, la solution de la Cour de cassation devient de moins en moins douteuse. Que deviendrait cette égalité si désirable entre les valeurs françaises et les valeurs étrangères, si les lanceurs d'affaires exotiques n'avaient pour se soustraire à nos impôts, tout en bénéficiant du marché français, qu'à s'abstenir de deman-

Digitized by Google

der la cote? On n'aurait pas imposé aux valeurs étrangères et à leurs promoteurs un bien grand sacrifice, car, souvent, la cote ne peut leur être accordée, (et c'est justement ce qui s'était produit, dans l'espèce jugée par notre arrêt) et d'autre part, la négociation sur le marché libre leur offre une assez large carrière.

Congrégations religieuses autorisées. — Droit d'accroissement. — Loi du 29 décembre 1884, art. 9, § 1er. (Csss. civ. 27 novembre 1889, *Palais*, 1890. C. 1285, p. 1285).

Cette décision a eu un grand retentissement, soit parce qu'elle se rattache à la lutte séculaire de la société civile contre les congrégations, soit peut-être aussi en raison des principes juridiques qu'elle met en cause. L'art. 4 de la loi du 28 décembre 1880 avait soumis à une taxe dite taxe d'accroissement, égale aux droits de mutation par décès ou aux droits de donation, les réversions de parts qui s'opèrent au profit des membres restants « dans toutes les sociétés ou associations civiles qui admettent l'adjonction de nouveaux membres et qui comportent la clause de réversion. » Par cette périphrase, le législateur avait voulu désigner les congrégations religieuses et s'il ne les avait pas nommées formellement, c'était afin de ne pas sembler disposer à l'égard de personnes déterminées. Le projet primitif de cet article, tel que l'avait proposé M. Henri Brisson, était bien plus précis. Il était précédé d'un préambule ainsi conçu : « A partir de la promulgation de la présente loi, les dispositions fiscales ci-après seront applicables aux congrégations, corporations et communautés religieuses, ou sociétés quelconques dissimulant des agrégations de l'espèce, sans préjudice des droits de la puissance publique, des revendications et des nullités que l'ordre public et les lois civiles permettraient d'exercer ou d'invoquer contre elles. » Si ce préambule eût été voté, aucune controverse n'aurait pu s'élever et les congrégations auraient toutes été atteintes, sans distinction entre les congrégations autorisées et les congrégations tolérées. Mais, comme on l'a dit plus haut, le Sénat voulut donner à la loi un caractère général ; il s'opposa à ce que l'on prît une disposition visant ou semblant viser une catégorie particulière de citoyens. On fut obligé de recourir à une périphrase. L'instruction du 20 juin 1881 tran-

Digitized by Google

cha la question de savoir si les congrégations reconnues donneraient lieu à la perception de la taxe d'accroissement et elle la trancha en faveur de ces congrégations. « Le membre qui cesse de faire partie de l'association, dit l'instruction, § 42, ne transmet rien à ceux qui restent. L'accroissement ne s'opère pas. » « Toutefois, ajoute le même document, si les membres de la congrégation ou même quelques-uns d'entre eux constituaient entre eux une société civile ordinaire, dans les conditions d'adjonction et de réversion prévus par la loi de 1880, cette société tomberait alors sous l'empire de ses dispositions. »

La situation était donc assez simple, au lendemain du vote de la loi de 1880. Les congrégations reconnues n'avaient pas à se préoccuper de la taxe d'accroissement. Elles en étaient affranchies aux yeux même de la Régie. Les congrégations simplement tolérées supportaient seules le poids du nouvel impôt, et les conditions d'exigibilité de cet impôt étaient bien nettes. Elles étaient au nombre de deux et même de trois, d'après l'instruction citée plus haut. Il fallait : 1° qu'il y eût société ou association, ce qui excluait tous les contrats créant entre les parties une simple indivision (§ 41) ; 2° que l'acte de société ou d'association contînt une clause d'adjonction de nouveaux membres (§ 49) ; 3° il était nécessaire enfin que la réversion eût été formellement stipulée (§50).

Les congrégations tolérées, habituées à vivre en dehors de la loi, et en en tournant les dispositions, trouvèrent immédiatement le moyen de ne rien payer et de rendre ainsi à César ce qui était à César. Les clauses d'adjonction et de réversion étaient toutes deux nécessaires, pour que l'impôt fût exigible. On les biffa dans les statuts. Tantôt on les supprima l'une et l'autre. Tantôt on n'en supprima qu'une seule. L'art. 4 de la loi de 1880 devint ainsi lettre morte ; ou s'il s'appliqua, son application fût tellement restreinte que le produit du nouvel impôt fut presque une quantité négligeable dans les recettes du budget. « Le droit d'accroissement établi par la loi, disait le rapporteur du budget devant la Chambre (séance du 20 décembre 1884, *J. officiel*, p. 2992), droit qui devait produire au Trésor 3.246.000 fr., a produit 860.000 fr. Il n'est pas possible qu'un pareil état de choses dure plus longtemps. »

Digitized by Google

Il ne dura pas longtemps en effet et le fisc, mal armé par la loi de 1880, prit sa revanche au moyen de l'art. 9, § 1er, de la loi du 29 décembre 1884. Cette fois le législateur s'exprima clairement et énergiquement. Il appela par leur nom les institutions qu'il voulait atteindre et il désigna, comme sujets à la taxe d'accroissement « les congrégations, communautés et associations religieuses, autorisées ou non autorisées. » On reprenait ainsi le texte de l'amendement Brisson, qui, on l'a vu plus haut, ne faisait pas de distinction entre les congrégations.

La Régie obtenait ainsi gain de cause contre les congrégations tolérées. Désormais, les artifices de rédaction, plus ou moins honnêtes, auxquels elles avaient eu recours ne pouvaient les sauver de l'application de la loi.

Mais, immédiatement surgissait une nouvelle difficulté, celle que l'arrêt de la Chambre civile du 27 novembre 1889 a dû résoudre. Le nouveau texte visait les « congrégations autorisées ou non autorisées. » Fallait-il appliquer la taxe d'accroissement aux aux unes et aux autres ? La Cour de cassation l'a pensé et son arrêt soumet toutes les congrégations au nouvel impôt.

L'argument unique de la Cour suprême est un argument de texte. L'art. 9 § 1er non seulement ne fait pas la distinction que l'on voudrait faire prévaloir, mais il la condamne même très clairement. « Les impôts établis par les art. 3 et 4 de la loi de finances du 28 décembre 1880 seront payés par toutes les congrégations, communautés et associations religieuses, autorisées ou non autorisées... » Ce texte est aussi formel qu'il est clair. Il vise l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (art. 3 de la loi de 1880), et la taxe d'accroissement (art. 4). Or, de même que l'impôt sur le revenu atteint toutes les espèces de congrégations religieuses, la taxe d'accroissement doit aussi les frapper toutes, sans distinction.

Cette décision à peine rendue a soulevé des réclamations nombreuses. On a généralement trouvé exorbitante l'extension prise par la taxe d'accroissement, au préjudice des congrégations reconnues. Un membre des facultés de droit, fort au courant des questions fiscales, M. Wahl, a dans une dissertation insérée au Sirey et au Journal du Palais, combattu avec vivacité et, il faut

Digitized by Google

le reconnaître, avec un grand talent de dialectique, la jurisprudence de la Cour de cassation.

On a d'abord recherché l'intention du législateur de 1884, dans les travaux préparatoires, et, au moyen de diverses déclarations habilement choisies et non moins habilement rapprochées les unes des autres, on a essayé de démontrer qu'en 1884 le Parlement avait simplement voulu mettre un terme à la résistance des congrégations tolérées. On les a désignées dès lors par leur nom, de peur qu'une définition légale, toujours imparfaite en quelque endroit, ne leur permît encore de se soustraire aux exigences du fisc (Voir les travaux préparatoires analysés dans la dissertation de M. Wahl). Cette première série de considérations nous touche peu. La discussion de la loi de 1884 a été, comme toutes nos discussions budgétaires, précipitée. Les orateurs qui ont pris part au débat sur l'art. 9, § 1 étaient plutôt des hommes politiques que des jurisconsultes de profession. Pour beaucoup les distinctions et les nuances de la question apparaissaient sans doute vaguement. Faut-il dès lors attacher autant d'importance à leurs déclarations qu'à celles des rédacteurs du Code civil et y chercher un commentaire éclairé de la loi? Du reste, il y a des arguments pour toutes les opinions dans les travaux préparatoires et, aux déclarations que l'on a citées de M. Jules Roche, rapporteur général du budget de 1885, on peut en opposer d'autres émanant du même orateur. « La rédaction préparée sous la direction de l'éminent président de la commission du budget de 1881, M. Henri Brisson, ne fut pas définitivement adoptée en 1880. Elle ne laissait place à aucune équivoque, à aucune fuite; elle visait directement et nominativement ces associations spéciales qu'on ne peut bien désigner que par leur nom : les congrégations religieuses. » (*Journal officiel*, 21 décembre 1885, p. 2990). Dans cette déclaration, l'organe de la commission ne distingue pas les congrégations autorisées des congrégations tolérées ; il leur fait à toutes subir le même sort et la pensée dominante de la commission de la Chambre paraît avoir été de revenir purement et simplement au texte et aux idées de M. H. Brisson qui ne distinguait pas non plus. Ajoutons enfin qu'il est pour le moins étrange d'interpréter le texte en en effa-

Digitized by Google

çant une partie (les mots : congrégations autorisées) et en attribuant à la Chambre de 1884, contrairement au texte, une intention bienveillante pour des institutions qui lui étaient certainement fort peu sympathiques.

Mais, dit-on, les expressions : congrégations autorisées, ne sont pas nécessairement inutiles, et on peut les interpréter d'une façon raisonnable, tout en affranchissant d'une manière générale les congrégations autorisées de la taxe d'accroissement. Et alors on se reporte à l'instruction de la régie de 1881, et on suppose que les membres de la congrégation autorisée ont formé entre eux une société civile pour un but quelconque. Dans ce cas, la congrégation, quoique autorisée, devra la taxe d'accroissement à propos de cette société civile.

On peut répondre que la société civile n'est pas la congrégation autorisée et que ce n'est pas comme congrégation qu'elle est frappée, mais comme société dans laquelle s'opèrent plus particulièrement les accroissements. Du reste, que l'on se rappelle les termes cités plus haut de l'instruction de 1881. A cette époque, les congrégations autorisées étaient encore exemptes de la taxe d'accroissement et la théorie de M. H. Brisson n'était que partiellement consacrée par la loi. Cependant, la Régie n'hésitait pas à déclarer que si une société civile venait à se greffer sur une congrégation autorisée, il y aurait lieu d'exiger la taxe d'accroissement. Par conséqnent, le mot : congrégations autorisées, ne doit pas être entendu d'une manière aussi restreinte. Ce n'est pas seulement la société civile qui est passible de l'impôt : c'est aussi et nominativement la congrégation elle-même.

On a enfin crié à l'iniquité flagrante de la solution consacrée par la loi de 1884. Le décès ou la retraite volontaire ou forcée d'un membre d'une congrégation autorisée n'opère pas de dévolution au profit des autres. Le congréganiste qui disparaît « n'avait, dit M. Wahl, rien à prétendre dans l'actif de la congrégation et il ne transmet à ses confrères aucun droit même éventuel dans cet actif, puisqu'aux termes de la loi du 24 mai 1825, le patrimoine d'une congrégation dissoute est partagé entre les établissements ecclésiastiques et les hospices ». Les amis des congrégations ont répété à satiété que la loi instituait un droit de transmission là où aucune transmission n'avait lieu.

Digitized by Google

M. Clausel de Coussergues nous paraît avoir réfuté cette argumentation d'une façon satisfaisante, dans le remarquable discours qu'il a prononcé à la séance du 9 décembre 1890 (*Journal Officiel*, p. 2506). Sans doute, le droit fiscal à l'origine ne frappait que des transmissions et dans la congrégation autorisée il n'y a pas, à l'occasion de la disparition d'un membre, de transmission proprement dite. Mais, depuis longtemps, le législateur a cherché à étendre les définitions fiscales. « Or, on a remarqué, dit M. Clausel de Coussergues, qu'il y avait à l'occasion des décès certains avantages très réels, très certains, équivalant par leur importance à des transmissions. » Ce sont ces avantages que l'on a frappés, en 1875, quand on a soumis au droit de mutation par décès le capital des assurances sur la vie (art. 6 de la loi du 21 juin 1875). Il en a été de même en 1884 quand on a formellement appliqué la taxe d'accroissement aux congrégations autorisées. « Lorsqu'un membre meurt, il est parfaitement certain qu'il n'y a pas de transmission de biens... Néanmoins, par la retraite ou par la mort d'un de ses membres, l'association recueille un avantage, celui de s'affranchir de la charge qui pesait sur elle et d'une participation dans les revenus des fonds dont la jouissance était commune. » *Journal Officiel, loc. cit.*, p. 2507). « La taxe d'accroissement, ainsi justifiée, ajoutait M. Clausel de Coussergues, a une certaine ressemblance avec le droit de transmission, mais n'est pas cependant le droit de transmission. »

Il est vrai que les congrégations autorisées paient déjà la taxe des biens de mainmorte, de la loi de 1849. Mais il ne faut pas oublier que cette taxe ne concerne que les immeubles et qu'elle laisse en dehors la fortune mobilisée qui, en raison des dissimulations qu'elle permet, est certainement la plus recherchée par les congrégations de tout genre.

Nous croyons donc qu'il eût été impossible de juger autrement que ne l'a fait la Cour suprême, dans l'arrêt du 27 novembre 1889.

Il y a un point cependant à propos duquel nous serions tenté de croire que les prétentions des congrégations devraient être accueillies. La Régie a pensé que la taxe d'accroissement, en cas de décès d'un congréganiste, devait être assimilée, sous le rapport du mode de perception, au droit de mutation par décès et elle a

Digitized by Google

prescrit des déclarations multiples dans tous les bureaux où la congrégation possède des biens ayant une assiette fixe. Tout le monde connaît les dangers et les exagérations auxquels peut conduire cette procédure, en raison surtout de la disposition de l'art. 2 de la loi du 27 ventôse an IX. Nous croyons que, dans le cas de congrégation autorisée, la régie est dans l'erreur. Il n'y a pas de transmission, ce n'est donc pas le cas d'appliquer les règles suivies en matière de succession. D'autre part, en admettant même qu'il y ait transmission, cette transmission ne peut avoir pour objet qu'un droit incorporel, sans situation fixe. L'unité de déclaration, pour le perception de la taxe, nous semble donc inévitable.

CH. TESTOUD.

UNE ESQUISSE DE RÉFORMES PÉNALES,

Par M. H. PASCAUD, conseiller à la Cour d'appel de Chambéry.

Les meilleures lois pénales vieillissent et, au bout d'un certain nombre d'années, elles ne se trouvent plus en harmonie ni avec les mœurs du pays où elles sont restées avec vigueur, ni avec les besoins de la répression qu'il s'agit d'assurer. C'est là un fait que l'expérience ne permet pas de mettre en doute. Aussi bien le Code pénal de 1810 qui, dès l'origine, a servi de modèle à la plupart des législations européennes n'a pas échappé à cette action destructive du temps. Aujourd'hui, bien que remanié en 1832 et 1863, il n'est plus à la hauteur des progrès de la science, ni même des nécessités de la pratique : tour à tour trop sévère et trop indulgent, il comporte de nombreuses réformes que nous nous proposons d'esquisser à grands traits en suivant l'ordre des matières adopté par le législateur.

La seule disposition du titre préliminaire qui paraisse critiquable, c'est l'assimilation pénale de la tentative au crime ou au délit consommé. Sous le rapport philosophique et moral, il n'est pas douteux que celui qui commet une tentative d'homicide ou de vol et qui, par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, n'arrive pas à réaliser ses criminels projets, est aussi coupable que s'il les avait exécutés. Mais ce point de vue est beaucoup trop abstrait pour la justice sociale. Dans le cas de crime ou de délit con-

Digitized by Google

sommé, l'intérêt de la société dont la sécurité a été profondément troublée, l'intérêt de la victime, frappée dans sa vie ou dans ses biens, subissent un préjudice plus grave que lorsqu'il n'y a eu qu'une tentative. Comment, dès lors, ne tiendrait-on pas compte de ces résultats, de l'étendue du dommage causé à l'ordre public et aux individus? Le système contraire, dans sa rigueur, loin de protéger les intérêts sociaux et privés, leur est toujours nuisible. Il arrive bien souvent en effet que le jury, trouvant la peine trop forte acquitte l'accusé, alors qu'il l'aurait condamné, si la pénalité à infliger avait été inférieure à celle que comporte le crime consommé. C'est surtout en ce qui touche la répression des attentats contre les personnes, parfois si intermittente, que ces considérations ont le plus de portée. Dans ces conditions, le législateur, abrogeant les dispositions qui mettent la tentative sur le même pied que le crime ou les délits exécutés, ne doit pas hésiter à décider qu'elle sera désormais punie de la peine immédiatement inférieure, ou, s'il s'agit de l'emprisonnement ordinaire, que le maximum de sa durée sera réduit d'un tiers. Les Codes de la Belgique (art. 52), de l'Empire allemand (art. 44), des Pays-Bas (art. 45), de la Hongrie (art. 66) sont entrés dans cette voie, quelquefois même d'une manière que nous serions tenté de trouver excessive.

Ce qui surtout, à notre sens, doit former la base d'un bon Code pénal, c'est un ensemble de peines peu compliqué, bien coordonné, suffisamment exemplaire et répressif. A cet égard, notre législation est défectueuse, tout le monde le reconnaît, et par conséquent elle doit être l'objet d'une refonte complète. En matière criminelle, nous avons actuellement comme peines afflictives et infamantes la mort, les travaux forcés à perpétuité, la déportation, les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion; comme peines infamantes, le bannissement et la dégradation civique. Il est de toute évidence que ces pénalités sont trop multipliées et qu'il y aurait avantage à en simplifier la nomenclature. C'est ce qu'ont fait les Codes étrangers récemment promulgués : nous estimons que leur exemple est bon à suivre.

Notre système pénal est de plus aujourd'hui en désaccord avec nos mœurs et avec la réalité des faits. Après la mort, ce sont les

Digitized by Google

travaux forcés à perpétuité et à temps qui occupent le premier et le second rang dans l'échelle des peines. Or, chacun sait que cette classification n'est plus conforme à la vérité. Depuis la loi du 30 mai 1854 qui a supprimé les bagnes et décidé que les condamnés subiraient leur peine aux colonies dans des conditions de liberté et de douceur relatives fort appréciées, ce châtiment est devenu moins redoutable, moins exemplaire que par le passé. Ce qu'appréhendent aujourd'hui les criminels, ce n'est pas une condamnation aux travaux forcés qui les fera envoyer à la Nouvelle-Calédonie où, libres dans une certaine mesure bien qu'astreints à un travail pénible, ils pourront bénéficier des concessions de terre et autres avantages que leur accorde notre législation, mais c'est une condamnation à la réclusion qui les soumet à la rude discipline des maisons centrales. Cela est tellement vrai qu'on a vu des réclusionnaires frapper plus ou moins grièvement leurs gardiens pour se faire condamner aux travaux forcés et qu'une loi a dû édicter que désormais, dans ce cas spécial, les travaux forcés seraient subis dans une maison centrale. Il y a là une indication dont le législateur doit tenir compte d'autant plus que les lois sont bien souvent impuissantes à modifier les mœurs et que l'exemplarité d'une peine ne se décrète pas au gré d'un parlement. Aux travaux forcés à vie et à temps, nous substituerions donc la réclusion perpétuelle et la réclusion de cinq à vingt ans, sauf à aggraver ces deux peines par un règlement plus rigoureux et même, en certains cas, par un encellullement temporaire.

Par suite il est nécessaire de remplacer la réclusion actuelle par une pénalité qui tienne le milieu entre les peines criminelles privatives de la liberté au premier degré et les peines correctionnelles. Les partisans de la colonisation pénale, ceux qui croient que les convicts ont fait l'Australie, proposeraient sans doute la transportation à temps avec les conditions dans lesquelles elle se pratique depuis 36 ans. Mais, selon nous, ce serait une erreur que de maintenir même au dernier rang une pénalité de cette nature. La colonisation par les condamnés n'a jamais réussi dans notre pays, elle y a constitué une source de dépenses considérables qui ont grevé le budget sans grand profit ni pour la morali-

Digitized by Google

sation des criminels, ni pour la sécurité sociale. Il faut donc y renoncer et, à la place de la réclusion, telle qu'elle est organisée en ce moment, inscrire dans notre Code un emprisonnement de cinq à dix ans. Les colonies pénales, d'ailleurs, ne seront-elles pas suffisamment peuplées de condamnés par l'application de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation, si cette législation plus coûteuse que fructueuse reste longtemps en vigueur?

Si, en ce qui touche les crimes politiques qui diffèrent si profondément des infractions de droit commun, on peut estimer que le maintien dans l'échelle pénale de la déportation et de la détention est nécessaire, on doit, en revanche, se prononcer pour la suppression de ces peines qualifiées infamantes qui sont la dégradation civique et le bannissement. Leur efficacité répressive, leur exemplarité, leur perpétuité même ont été justement critiquées. Comme le dit M. Faustin-Hélie, en admettant même que le remède soit efficace, il est peu en harmonie avec la justice et les procédés que les nations se doivent entre elles. Nous remplacerions en conséquence ces deux peines par l'emprisonnement de cinq à dix ans. Il y aurait lieu, par suite, de remanier en conformité de ces réformes, tous les articles du Code pénal qui édictent les travaux forcés à perpétuité ou à temps, la réclusion, la dégradation civique et le bannissement.

En matière correctionnelle et de police, les peines de l'emprisonnement et de l'amende doivent être l'objet de modifications analogues à celles qu'ont admises les Codes belge, allemand, hollandais et hongrois : il est incontestable, au moins d'après nous, que les délits et contraventions sont insuffisamment punis dans l'état actuel des choses en ce sens que le minimum de l'emprisonnement correctionnel, six jours, et le maximum de l'emprisonnement de simple police, cinq jours, ne constituent pas une répression proportionnée à la gravité des infractions. A plus forte raison, il en est de même de l'amende, puisque depuis 1810 la valeur de l'argent a considérablement diminué, sans qu'on ait songé à rehausser le taux de cette pénalité. Pour combler ces lacunes, nous sommes d'avis qu'il convient de donner à l'emprisonnement en matière correctionnelle les limites de huit jours à cinq ans, à l'emprisonnement en matière de simple police celles de

Digitized by Google

un à sept jours. L'amende correctionnelle aurait un minimum de 25 francs et un maximum de 5000 francs, l'amende de simple police s'élèverait de un franc à 24 francs. Les contraventions enfin n'ayant pas le caractère de gravité qui s'attache aux délits, tout le monde est d'accord sur ce point, il serait bon d'établir une différence entre l'emprisonnement correctionnel et l'emprisonnement de simple police. Ce serait une indication pour l'opinion publique que la prison subie pour vol et celle infligée pour tapage nocturne ne sauraient être confondues. Dans cet ordre d'idées plusieurs Codes étrangers ont donné à l'emprisonnement de police la qualification adoucie « d'arrêts ». Pourquoi n'imiterions-nous pas leurs dispositions à cet égard ?

L'exécution des peines temporaires est réglée par les articles 23 et 24 du Code pénal. En cette matière encore, il y a lieu à des modifications que commande l'équité. Le législateur, en effet, n'impute pas la détention préventive sur la durée de la peine. Une pareille omission, contraire à l'humanité et à la justice, doit être réparée sans retard. Les objections que l'on peut formuler n'ont pas une grande portée, car l'application de la disposition nouvelle, ceci est capital, n'aura pas pour effet de paralyser l'action du ministère public et d'empêcher la recherche des infractions. On prétend que les cours et tribunaux tiennent compte de l'emprisonnement préventif aux prévenus et diminuent proportionnellement la peine qu'ils prononcent. Cette pratique est loin d'être générale, croyons-nous, et quel inconvénient y a-t-il à ce qu'elle soit légalement sanctionnée ? On objecte encore que la détention préventive, n'étant qu'une main-mise du pouvoir judiciaire sur la personne de l'auteur présumé d'un crime ou d'un délit, n'a pas le caractère d'une peine dans l'acception ordinaire du mot, et dès lors, ne peut changer de nature par l'effet d'un jugement. Sans doute l'emprisonnement préalable, mesure de précaution, n'a au début rien de pénal, mais il n'en est pas moins vrai qu'il est afflictif et a pour résultat de priver les prévenus de la liberté. Dès lors si une décision de justice vient rétroactivement attribuer à cet emprisonnement le caractère qui lui fait défaut à l'origine uniquement parce qu'il n'y a pas eu de condamnation prononcée, quels principes de notre droit criminel seront

Digitized by Google

méconnus? On serait bien empêché de le dire. D'ailleurs, en cette matière, il faut s'élever au-dessus des subtilités. Ce qui domine tout le reste, c'est l'intérêt de la justice et de l'humanité, nous ne saurions trop le répéter.

Il est vrai qu'entre la réclusion telle que nous proposons de l'organiser et la détention préalable il existe une différence assez considérable, et que, si l'on précomptait la durée de cette détention sur la durée de la peine, il en pourrait résulter un amoindrissement dans la pénalité, une inégalité de traitement entre ceux qui seraient passibles de l'emprisonnement simple et ceux qui seraient condamnés à la réclusion. Le remède est facile : on ne compterait, dans ce dernier cas, la prison préventive que pour la moitié de sa durée.

L'imputation de l'emprisonnement préventif doit-il être obligatoire ou simplement facultatif pour le juge? Si l'on veut réagir énergiquement contre les errements du passé, éviter un regrettable arbitraire, la question ne se pose pas. La nouvelle disposition devra être impérative. C'est, du reste, à titre obligatoire que l'imputation est admise par plusieurs nations européennes, par la Belgique (Code pénal de 1867, art. 30), par le Luxembourg (Loi de 1879, art. 30), par la Hongrie sous certaines conditions (Code pénal de 1879, art. 94), par l'Italie (Code pénal de 1890, article 40). D'autres Etats, il faut le reconnaître, comme le canton de Vaud, la Russie, l'Allemagne (Code pénal de 1871, art. 60), les Pays-Bas (Code de 1881, art. 27) font de son admission une simple faculté pour les magistrats. Il est donc certain que l'innovation que nous proposons a déjà été expérimentée dans d'autres pays et qu'elle peut sans inconvénient être introduite dans notre législation. Le Sénat, par conséquent, doit se hâter de voter la proposition de loi dont il est depuis longtemps saisi.

La récidive et les aggravations de peine qui en sont la conséquence légale se fondent sur une présomption de perversité. Il n'est pas douteux en effet que celui qui, après avoir été condamné une première fois, subit pour une nouvelle infraction dans un délai suffisamment rapproché une nouvelle condamnation, ne s'est pas amendé et qu'il n'en est que plus dangereux au point de vue social. Mais lorsque la peine a été prononcée à

Digitized by Google

une époque antérieure éloignée, qu'après vingt ou trente ans de bonne conduite, par exemple, le condamné se rend de nouveau coupable de crimes ou de délits, cette présomption perd la force et la portée qu'elle pouvait légitimement avoir. Le délinquant a prouvé qu'il n'était pas radicalement perverti, il s'est moralisé dans une mesure dont on doit lui tenir compte, et, dès lors, il semble que la première condamnation encourue ne devrait pas exercer sur sa vie entière une influence inéluctable. Les Codes hongrois (art. 338 et 361) et hollandais (art. 421 et 422) se sont placés à ce point de vue si complètement équitable qui devrait être aussi celui de la loi française. Nous estimons donc que l'aggravation de peine édictée pour la récidive devra être écartée, lorsque dix années se seront écoulées depuis le moment où la dernière condamnation aura été purgée [1].

L'article 56 du Code pénal comporte également d'autres réformes. Comment s'explique-t-on, par exemple, qu'en cas de récidive il substitue pour le second crime les travaux forcés à la déportation ? Ces deux pénalités appartiennent à un ordre d'idées tout différent, puisque l'une est le châtiment des crimes de droit commun, et que l'autre frappe les crimes politiques? Il y a là une méprise ou un oubli du législateur. Le premier crime devrait être puni de la déportation simple et le second de la déportation dans une enceinte fortifiée, telle qu'elle est organisée par la loi du 8 juin 1850.

Une autre disposition tout à fait draconienne du même article appelle une modification, c'est celle qui édicte la peine de mort contre l'individu qui ayant été condamné aux travaux forcés à perpétuité commet un second crime emportant la même peine. S'il est juste que la récidive aggrave le châtiment, encore faut-il que ce soit dans une mesure graduée et équitable. La mort doit être réservée pour les crimes les plus graves et les plus préjudiciables à la société, c'est un principe que tout le monde admet

[1] Depuis que ce travail a été fait, la loi du 27 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines, art. 5, à réduit à cinq ans le délai pendant lequel la récidive peut entrainer une augmentation de sa pénalité pour ceux qui ont été condamnés à plus d'un an d'emprisonnement pour crime ou pour délit.

Digitized by Google

aujourd'hui. Or, n'est-ce pas s'écarter de cette règle que d'appliquer, par suite de la récidive, la peine de mort à des faits que la loi même n'a cru devoir punir directement d'une manière aussi rigoureuse ? Poser la question, c'est, à notre avis, la résoudre dans le sens de l'affirmative, et nous croyons que, sauf à aggraver, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la réclusion perpétuelle qui doit remplacer les travaux forcés à vie, il n'est pas possible de maintenir dans notre législation la disposition exorbitante de l'article 56 du Code pénal.

La plupart des Codes étrangers punissent moins sévèrement le complice que l'auteur principal. Ce point de vue se justifie parfaitement, lorsque la participation du premier au fait criminel ou délictueux n'est que secondaire et indirecte. La culpabilité est en effet moins grande et l'assimilation absolue qu'établit en tout état de cause notre Code pénal entre l'auteur principal et le complice dépasse évidemment la mesure. Il y a donc lieu de faire une distinction entre les divers modes de complicité admis par la loi. Le fait de fournir sciemment les armes et instruments nécessaires pour commettre le crime ou le délit, l'aide ou l'assistance donnée avec connaissance, mais indirectement et en quelque sorte d'une manière accessoire sont de nature à faire considérer comme complices ceux qui s'en rendraient coupables. Ils seraient punis de la peine immédiatement inférieure, et, au cas où l'emprisonnement correctionnel serait applicable, le maximum serait réduit d'un tiers. Mais il n'en saurait être ainsi en ce qui touche les agents qui auraient coopéré immédiatement à l'acte ou qui, comme instigateurs, auraient par dons, promesses, menaces ou violences provoqué à le commettre. Ils ne sont pas des complices, mais des auteurs principaux, de véritables coauteurs; par suite, ils doivent être classés et punis comme tels.

Nous devons maintenant passer en revue les principales infractions du Code pénal qui comportent des réformes, et signaler les lacunes de la loi en ce qui concerne certains faits qu'elle n'a pas déclarés punissables.

Lorsqu'on compare les peines édictées par notre législation en matière de fausse monnaie et de faux avec celles des lois étrangères, on est étonné de la disproportion qui existe entre elles.

Digitized by Google

Là où notre Code pénal prévoit les travaux forcés à perpétuité, les lois des autres peuples ne prononcent que la peine de la réclusion temporaire ou même de l'emprisonnement. On se trouve ainsi en présence de deux systèmes de répression, l'un qui frappe fort et sera presque toujours mal pondéré, l'autre qui, à raison de sa proportionnalité même, atteindra les coupables d'une façon plus sûre et moins intermittente. N'est-ce pas là ce que réclame avant tout l'intérêt social? Sans doute il ne faut pas énerver l'action de la justice, mais on doit également éviter avec soin tout ce qui, sous le prétexte de la fortifier, ne produit d'autre résultat que de la compromettre. Les pénalités excessives ont précisément cet effet. Le jury estimera bien souvent que l'émission d'une ou deux pièces de cinq francs fausses, que la fabrication par un notaire d'une obligation de minime valeur ne comportent pas les cinq années de réclusion qui, dans l'état de choses actuel, constituent le minimum de la peine à appliquer, et dans ces conditions il acquittera.

De là, la nécessité d'une pondération rationnelle dans la pénalité. Deux moyens permettent de l'obtenir. Le premier consiste à abaisser la peine et à décider que l'émission de la fausse monnaie nationale prévue par l'art. 132 du Code pénal, que les faux en écriture publique et authentique des art. 145 et 146 et leur usage seront désormais punis de la réclusion temporaire, que l'émission de la fausse monnaie étrangère visée dans l'art. 133 et les faux en écriture commerciale et privée et leur usage prévus par les art. 147, 148, 150, 151 n'emporteront plus que de cinq à dix ans d'emprisonnement. De la sorte, se trouve, il est vrai, supprimée l'ancienne distinction entre les faux en écriture de commerce et les faux en écriture privée qu'établit assez arbitrairement le Code pénal de 1810, mais qui juridiquement n'a pas de raison d'être. En effet, que l'on soit en matière commerciale ou en matière civile, le faux n'en émane pas moins de particuliers et le préjudice se réfère exclusivement à des intérêts privés. Cette modification est du reste conforme au système adopté par les Codes étrangers les plus récents.

Le second moyen pour arriver à une proportionnalité plus grande de la peine, est de tenir compte du préjudice éprouvé.

Digitized by Google

Dans la pratique, les officiers du ministère public s'efforcent de le faire à l'aide de procédés peu légaux, lorsqu'ils correctionnalisent certains faits trop peu graves pour être soumis à l'appréciation du jury. Que de faux, par exemple, ne défèrent-ils par aux tribunaux correctionnels sous la qualification d'escroquerie! Il arrive alors qu'une déclaration d'incompétence se produit et que les accusés, après une longue détention préventive, bénéficient d'un verdict de non culpabilité. Pour obvier à ces irrégularités et à ces inconvénients, il n'y a qu'à décider que l'émission de la fausse monnaie nationale ou étrangère deviendra un délit punissable de peines correctionnelles, lorsque le préjudice sera inférieur à 50 francs, qu'il en sera de même du faux en écriture publique et authentique portant sur une valeur de moins de 200 francs, et des faux en écriture privée dont le quantum sera inférieur à 300 francs. Une pénalité de cinq ans d'emprisonnement suffira incontestablement pour assurer la répression.

C'est vainement que l'on soutiendrait que celui qui émet de la fausse monnaie pour moins de 50 francs ou qui commet des faux dont la quotité n'excède pas deux cents ou trois cents francs est aussi coupable au point de vue philosophique et moral que lorsque le préjudice est plus important. Cette manière d'envisager la criminalité des faits est trop abstraite et trop absolue. Le législateur qui tient à fortifier la répression doit descendre de ces hauteurs sur le terrain de la pratique et prendre en considération les conséquences extrinsèques des actes qu'il s'agit de punir. Donc, dans les cas où le dommage causé aux intérêts privés est moins considérable, l'intérêt social est moins gravement lésé, la peine doit être modifiée dans sa nature et dans sa durée. C'est, du reste, la voie dans laquelle est entré le Code pénal pour la concussion, et il n'y a pas de raison valable qui interdise d'étendre à d'autres crimes une disposition conforme à la justice et favorable à la répression.

En ce qui touche les contrefaçons des sceaux de l'État, des billets de banque et des effets publics, l'intérêt social nous paraissant plus directement engagé qu'en matière d'émission de fausse monnaie ou de faux, nous estimons qu'il n'y aura pas lieu de correctionnaliser ces crimes quand le préjudice sera minime.

Digitized by Google

Mais la peine est excessive. Aux travaux forcés à perpétuité, on substituera en conséquence la réclusion de cinq à vingt ans. Pour les contrefaçons de timbres ou marteaux de l'État, il sera prononcé un emprisonnement de cinq à dix ans.

Les articles 177 et 179 du Code pénal qui prévoient la corruption des fonctionnaires présentent une grave lacune en ce sens qu'ils sont inapplicables aux citoyens investis d'un mandat électif. Elle devra donc être comblée par une disposition formelle qui supprimera cette exception.

Que dire de la répression du vagabondage et de la mendicité, sinon qu'elle est complétement inefficace? Malheureusement ce n'est point par quelques jours, par quelques mois d'emprisonnement que l'on peut combattre ces deux délits si éminemment antisociaux. L'emploi de mesures préventives combinées avec les moyens répressifs pourrait seul produire des résultats utiles. Nous sommes donc obligé d'indiquer sommairement les premières tout en faisant connaître les réformes pénales que nous réclamons.

Sans aborder la grave question du droit à l'assistance dont nous ne sommes point partisan, du reste, on doit reconnaître que dans l'intérêt de la bonne administration et de la justice, il est difficile de punir comme mendiants ou vagabonds les individus que leur âge ou leurs infirmités empêchent de se constituer des ressources par leur travail. On devrait donc créer pour eux dans chaque département, au chef-lieu s'il se pouvait, des *maisons de refuge* soit publiques, soit privées, soumises en ce dernier cas, à la surveillance de l'État et pouvant être subventionnées par lui. Les vieillards de soixante-dix ans et les infirmes y seraient admis: on les emploierait aux occupations et aux travaux intérieurs que comporteraient leur âge et leur faiblesse. Si cependant, malgré les secours mis à leur disposition, ils se livraient au vagabondage et à la mendicité, ils seraient retenus dans des quartiers annexés à la maison de refuge pendant un temps que détermineraient les jugements à intervenir dans les limites de six mois à trois ans.

Pour les adultes, il est incontestable qu'un certain nombre d'individus se trouvent parfois sans travail et sans ressources, en

Digitized by Google

proie à une misère momentanée qui résulte des circonstances et non de leur faute. Il serait inique de les punir pour vagabondage et mendicité avant de les avoir secourus. La répression en pareil cas n'aurait, d'ailleurs, que la portée d'un expédient peu efficace. A tous ces nécessiteux, dignes d'intérêt, nous ouvririons des *maisons de secours* où l'assistance serait pratiquée à leur profit dans une large mesure. Ces établissements remplaceraient les dépôts de mendicité qui fonctionnent si mal; ils seraient organisés dans chaque chef-lieu de département, au besoin dans les villes de plus de 40,000 âmes, et auraient un caractère public ou privé avec surveillance de l'Etat dans cette dernière hypothèse. On y admettrait tous les nécessiteux qui justifieraient de leur indigence passagère et on les emploierait à des travaux agricoles et industriels. Ceux-là seuls qui n'auraient pas voulu bénéficier des secours mis à leur disposition seraient passibles des dispositions légales qui répriment le vagabondage et la mendicité.

Quant aux individus qui se sont faits de ces deux délits une coupable habitude, qui violent incessamment la loi du travail, il faut les obliger à la respecter pendant un délai assez long pour qu'ils puissent, dans une certaine mesure, se moraliser et se corriger de leur fainéantise et de leurs vices. A cet effet, on devrait les interner dans des *maisons de travail* créées dans chaque département où ils seraient astreints à des travaux variés, agricoles ou autres, appropriés aux aptitudes les plus diverses. Les mendiants et vagabonds qui, après une première condamnation, commettraient une nouvelle infraction dans les deux ans qui suivraient l'expiration de leur peine, seraient condamnés à être détenus dans la maison de travail pendant huit mois au moins et deux ans au plus. En cas de récidive dans ce même délai de deux ans après leur sortie de prison et de la maison de travail, ils seraient passibles d'un internement de deux à quatre ans.

Dans l'état actuel des choses, il y a lieu de modifier l'art. 274 du Code pénal pour le mettre en harmonie avec l'organisation si insuffisante des dépôts de mendicité. Il ne faut pas que les secours qu'ils sont censés fournir aux nécessiteux soient un leurre et une fiction : nous estimons donc que l'article précité ne devrait être applicable que dans les lieux où seraient organisés

Digitized by Google

des établissements publics qui *pourraient obvier à la mendicité.* Aujourd'hui il suffit, pour que la répression intervienne, que ces établissements soient *destinés à obvier à la mendicité.* Notre législation ne se préoccupe que de la destination légale sans tenir compte des faits et du fonctionnement des dépôts de mendicité. C'est là un abus inique que la loi ne saurait consacrer plus longtemps.

Parmi les attentats contre les personnes, il en est un, l'infanticide, que le législateur de 1810 a puni de mort dans le but évident de protéger l'enfance contre les agissements criminels dont elle peut être victime. Avec l'adoucissement de nos mœurs, il est arrivé que cette protection s'est retournée contre ceux dont elle devait préserver la fragile existence, que la peine a paru trop rigoureuse même après son abaissement par suite de l'admission des circonstances atténuantes et que, quand le fait n'a pu être assimilé à un homicide par imprudence, de regrettables acquittements sont souvent intervenus. Le Code pénal belge de 1867 a fait de l'infanticide un meurtre dans les conditions du droit commun, punissable de la mort ou des travaux forcés à perpétuité, selon qu'il y a ou n'y a pas préméditation. Ces pénalités sont trop rigoureuses et il est à craindre que ce système laisse subsister trop d'intermittence dans la répression. Nous préférons en conséquence conserver à l'infanticide un caractère spécial, mais nous estimons qu'au point de vue criminel on doit tenir compte de la différence profonde existant entre le meurtre d'un enfant nouveau-né commis par une fille qui veut cacher son déshonneur, et celui qui est perpétré par une fille qui a déjà eu des enfants, par une femme mariée et par un tiers. Dans le premier cas, la réclusion de cinq à vingt ans paraît constituer une punition suffisante, tandis que, dans le second, il faut, à notre avis, aller jusqu'à la réclusion perpétuelle.

Le délit d'adultère comporte deux réformes importantes. Le mari qui aura été de connivence soit avec sa femme, soit avec le complice de celle-ci, ne pourra plus dénoncer les faits dont il prétend se plaindre. Son immoralité même doit élever contre sa plainte une fin de non-recevoir. Il en était ainsi dans le droit romain et il est urgent de faire revivre cette disposition dans nos

Digitized by Google

lois. Est-il, en effet, un spectacle plus odieux que celui de voir un mari traduire en police correctionnelle sa femme et son complice, uniquement parce que ce dernier n'a pas fidèlement rempli les conditions pécuniaires du contrat immonde intervenu entre eux? Nous avons été témoin d'un fait pareil; l'adultère était patent, reconnu, les juges furent contraints de condamner les prévenus.

L'autre modification que nous réclamons consiste à mieux égaliser la répression en ce qui touche la femme et le mari convaincus d'adultère. Pourquoi l'adultère du mari dans la maison conjugale n'est-il point puni de l'emprisonnement? Il y a là une différence de traitement entre les époux qui touche à l'injustice. Nous comprenons que le mari ne puisse être poursuivi qu'autant que le fait a été commis dans la maison conjugale, des motifs sérieux justifient cette disposition, mais l'adultère étant établi, comme il jette le trouble et le désordre dans le sanctuaire même de la famille, nous ne voyons pas de raison pour qu'il ne soit pas réprimé avec une suffisance sévérité. L'emprisonnement doit donc être édicté dans ce cas, de huit jours à un an.

La matière des vols exige des modifications. Là, plus encore qu'ailleurs, il est indispensable de proportionner la peine à la gravité de l'infraction et du préjudice qu'elle a causé. De cette manière, on éviterait des décriminalisations peu légales par elles-même, et des acquittements regrettables au point de vue social. Dans cet ordre d'idées, on devrait déférer à la police correctionnelle les vols actuellement punis des travaux forcés à perpétuité, lorsque le préjudice serait inférieur à cent francs, les vols qui comportent les travaux forcés à temps quand la valeur soustraite n'excéderait pas deux cents francs, les vols réprimés par la réclusion, lorsqu'ils ne dépasseraient pas trois cents francs.

L'incendie est un des crimes dont la répression laisse le plus à désirer tant parce que la preuve des faits s'administre difficilement que parce que le législateur a systématiquement exagéré les peines. En cette matière, moins qu'en toute autre, notre loi pénale ne s'est pas suffisamment préoccupée de proportionner le châtiment à la criminalité du fait. Pourquoi édicter la mort pour l'incendie des édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers ha-

Digitized by Google

bités ou servant à l'habitation et des voitures et wagons contenant des personnes ou faisant partie de convois qui en contiennent, alors qu'en 1863, à l'époque de la dernière révision du Code, comme aujourd'hui, il était généralement admis en principe que cette pénalité ne pouvait être appliquée aux crimes contre les propriétés? Il faut réserver une telle peine pour le cas où l'incendie a causé mort d'homme et décider que les circonstances aggravantes qui viennent d'être relatées donneront lieu seulement à l'application de la réclusion perpétuelle. Pour tous les autres faits visés dans l'article 434, la réclusion temporaire devra être maintenue, car l'admission des circonstances atténautes permettra de prononcer des peines suffisamment pondérées.

L'art. 443 prévoit la destruction de marchandises et de matières et instruments servant à la fabrication. Une partie importante de la propriété mobilière se trouve ainsi suffisamment protégée. Mais on peut, dans l'état actuel de notre législation, détruire à peu près impunément des objets mobiliers d'une grande valeur comme des meubles, des provisions et denrées, lorsqu'il n'y a pas pillage en réunion et à force ouverte. Le fait ne constitue, en effet, qu'une contravention de police punissable de onze à quinze francs d'amende. Est-il besoin de faire ressortir ce qu'a de dérisoire une pareille répression? Pour combler cette lacune, nous sommes d'avis qu'il faut ériger en délit le dommage volontairement causé à la propriété mobilière d'autrui et le punir d'une amende de vingt-cinq francs à deux mille francs et d'un emprisonnement de huit jours à un an.

Les art. 453 et 454, relatifs aux destructions d'animaux doivent être complétés. On y insèrera les dispositions de la loi du 6 octobre 1791, que la jurisprudence déclare encore en vigueur, en les adaptant à notre système pénal, on réprimera le fait de donner la mort à un animal domestique sans nécessité dans tous les lieux non visés au Code pénal, par un emprisonnement de huit jours à trois mois.

L'art. 457 ne comprend dans ses prévisions que l'inondation des propriétés d'autrui provenant de l'élévation du déversoir des eaux des usines au-dessous de la hauteur fixée par l'autorité compétente. Il doit être modifié par l'addition d'une disposition

Digitized by Google

punissant de la réclusion temporaire l'inondation des mines ou carrières et des travaux publics. Le fait d'avoir méchamment ou frauduleusement inondé l'héritage d'autrui qui, si nous ne nous trompons, échappe à la répression, devra à l'avenir être puni d'une amende de vingt-cinq francs à deux mille francs et d'un emprisonnement de huit jours à deux ans.

L'incendie par imprudence est parfois d'une gravité que l'on ne peut méconnaître. Un cigare à moitié éteint, des allumettes en partie enflammées que l'on jette à terre sans précaution peuvent causer d'épouvantables sinistres. Comment donc ce délit, en dépit des conséquences terribles et du préjudice considérable qu'il peut produire, n'est-il puni que d'une pénalité pécuniaire? On s'étonne que le législateur de 1810, parfois si sévère, n'ait pas réprimé plus rigoureusement un fait de pareille nature. Il y a lieu de réparer cette omission et même d'augmenter l'amende actuelle en la portant de vingt-cinq francs à deux mille francs et en édictant un emprisonnement de huit jours à six mois.

Tout le monde sait qu'en dehors du Code pénal, il existe un grand nombre de lois spéciales qui répriment diverses infractions. Nous n'avons pas la prétention de les énumérer dans ce travail, car nous craindrions de ne pas suffire à une tâche aussi compliquée. Nous tenons seulement à faire ressortir l'avantage qu'il y aurait à les codifier méthodiquement et à les insérer dans la législation répressive qui remplacera celle de 1810, et nous nous permettons d'appeler sur ce point l'attention de la commission qui prépare la refonte du Code pénal. Cette codification, qui aurait pour résultat la réunion dans un ensemble bien coordonné de dispositions législatives éparses dans le *Bulletin des lois*, l'*Officiel* et les recueils judiciaires, serait éminemment utile à la bonne administration de la justice, car elle rendrait un peu moins inexact en fait le principe de droit en vertu duquel « nul n'est censé ignorer la loi ».

Telles sont, rapidement exposées, les principales réformes dont l'introduction dans notre législation pénale constituerait, selon nous, un progrès considérable. Puissent nos législateurs mener à bonne et prompte fin l'œuvre importante dont la nécessité se révèle de plus en plus urgente chaque jour! H. PASCAUD.

Digitized by Google

Des droits résultant, pour l'Etat, de la formation d'atterrissements dans les fleuves et rivières navigables à la suite de travaux publics.

(*suite* [1]).

Par M. E. Delboy, docteur en droit.

11. *Conséquences du système d'attribution des relais subits et alluvions artificielles à l'Etat.* — La conclusion de tous les développements qui précèdent sera que l'Etat doit être reconnu propriétaire et des relais subits (§ 6), et des alluvions artificielles (§ 7 à 10), procédant de travaux publics. Les riverains sont sans droit sur les atterrissements de ce genre : les règles ici applicables relèvent du droit administratif et non du droit civil.

Les conséquences de ce système sont importantes. Si le droit de l'Etat est admis, il n'y a plus à faire fonctionner à son profit l'indemnité de plus-value. La pratique administrative qui fait ici l'application de la loi de 1807 est sans objet [2]. L'Etat propriétaire des terrains apparus est sans droit pour réclamer aux riverains une indemnité qui n'a sa raison d'être que dans une amélioration directe procurée aux héritages. D'autre part on supprime les controverses élevées sur la situation juridique des terrains alluvionnaires pendant la durée des travaux.

La détermination exacte de cette situation juridique présente surtout de l'intérêt au point de vue des fruits et de la légitimité du droit de délivrance que l'Etat s'est arrogé.

12. Quant aux fruits, tout d'abord, le Domaine se trouve en conflit avec les riverains. L'administration qui, depuis 1849, paraît avoir accepté les prétentions des riverains, persiste par une

[1] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1891, nouvelle série, tome XX, page 242.

[2] Les règles observées sont les suivantes : (1. on procède à une estimation préliminaire des terrains, avant de commencer les travaux (art. 7 à 15, L. de 1807). (2. Lorsqu'ils sont terminés une deuxième expertise est faite pour déterminer l'accroissement de valeur (art. 17 et 18). C'est alors qu'on qu'on dresse le rôle de plus-value (art. 19 et 20). Voyez aussi art. 21, 22 23 et 31). — Les difficultés qui peuvent s'élever sur l'interprétation de la loi sont résolues en premier ressort par une commission spéciale (art. 42 à 47).

Digitized by Google

inconséquence évidente à soutenir qu'elle peut jusqu'au moment de la délivrance percevoir les fruits produits par les atterrissements. Elle accepte ainsi une conséquence d'un système dont elle répudie le principe [1].

Les agents de l'Etat ont de tout temps invoqué pour raison principale cette idée que les atterrissements se forment sur le domaine public, et que par suite le droit de l'Etat aux fruits est justifié par ce fait qu'ils sont le produit de sa chose. — Cet argument est assurément sérieux : nous l'avons reproduit lorsqu'il s'est agi d'établir le droit de propriété. Mais l'Administration lui donne une portée insuffisante : si cet argument est probant, et cela nous semble hors conteste, il doit attester le droit de l'Etat sur les alluvions elles-mêmes et non pas seulement sur leurs produits.

On cite encore pour justifier les prétentions de l'Etat, d'une part l'art. 16 de la loi de 1807, d'autre part les art. 17 et 18 de la même loi [2].

Il est facile de remarquer que l'art. 16 ne règle point la condition des atterrissements pendant les travaux. On rencontre ici la confusion déjà signalée en étudiant l'art. 30 de la loi de 1807. L'art. 16 détermine la situation juridique de terrains auxquels l'exécution de certains travaux publics confère un avantage direct. Il s'agit de marais à dessécher : sous certaines conditions indiquées par ce texte, une partie des fruits produits pendant le travaux peut être attribuée aux entrepreneurs. La situation n'est pas identique lorsqu'il s'agit d'atterrissements. Les terrains alluvionnaires productifs de fruits n'appartiennent pas aux particuliers, à l'inverse de ceux qui font partie des marais desséchés. L'art. 16 est donc étranger à la question actuelle. Nous dirons de même des art. 17 et 18. Ces dispositions législatives ne consacrent ni droit de propriété ni droit de jouissance au profit de qui que ce soit. Elles ont un caractère purement réglementaire :

[1] Cpr. en ce sens un arrêt du Conseil d'Etat du 18 août 1866 annulant un décision contraire du Conseil de Préfecture du Rhône (Lebon, 1866. 1030). — *Contrà*, Marais, *op. cit.*, n. 34 et ss. ; Dalloz, *Répertoire*, v° *Propriété*, n. 563.

[2] Cpr. pour ces deux arguments Marais, *op. cit.*, n. 38 et 40.

Digitized by Google

elles fixent seulement la procédure destinée à provoquer un règlement équitable de l'indemnité de plus-value. Elles sont donc doublement étrangères aux alluvions artificielles et aux relais subits.

Dans l'état actuel de la question, les prétentions de l'administration sont donc difficiles à expliquer. Le droit temporaire aux fruits se trouve sans fondement juridique par cela même que le droit de propriété est répudié. En effet, ni les textes ni les principes n'autorisent à considérer l'État comme usufruitier des terrains alluvionnaires pendant la durée des travaux. Pour reconnaître ici l'existence d'un usufruit au profit de l'État une loi serait nécessaire. On ne peut non plus considérer l'État comme séquestre. D'ailleurs cette qualité, suffisante sans doute pour lui donner le pouvoir de percevoir les fruits, ne lui confère pas celui de se les approprier d'une façon incommutable [1].

Telles sont les difficultés auxquelles devait fatalement aboutir l'abandon par l'État de son droit à la propriété des atterrissements. Cet abandon ne pouvait être complet : c'est ainsi que les prétentions du domaine en cette matière se sont manifestées sous un aspect nouveau. Mais comme le principe fondamental avait été répudié, il est arrivé que ces prétentions se sont trouvées sans fondement juridique, et que la jurisprudence appelée à les consacrer a dû supposer établi le principe de la propriété de l'État. C'est ce qui ressort aisément de l'arrêt de 1868. Dans l'espèce de cet arrêt la Cour de cassation, appelée à statuer uniquement sur la question de propriété des fruits, cherche à résoudre préalablemeut la question de propriété des atterrissements eux-mêmes [2].

13. C'est toujours en partant du principe que l'État n'est pas propriétaire, et également pour en pallier les conséquences, qu'on a donné à l'administration le droit de délivrance des atterrissements [3]. L'État en serait constitué détenteur jusqu'au moment où il jugerait à propos de les remettre aux riverains. Cette remise formerait la délivrance.

[1] Art. 1936 Code civil.

[2] Cpr. le considérant 4, cité plus haut, p. 27, note 2.

[3] Voy. notamment Marais, *op. cit.*, pp. 65 et 81.

Digitized by Google

Rationnellement, même dans le système qui attribue les alluvions artificielles et les relais subits aux riverains, la nécessité de la délivrance peut se concevoir. On pourrait en trouver à la rigueur le fondement et la justification dans le droit de police générale qui appartient à l'administration sur tous les cours d'eau. Il se pourrait que la formation des alluvions apporte des obstacles à la navigation. L'intérêt public exigera peut-être que les riverains n'entrent pas en possession immédiate. La délivrance ne serait que la constatation faite par l'administration que les riverains peuvent, sans préjudice pour l'intérêt général, entrer en possession des terrains d'alluvion.

Mais si la délivrance s'explique plus rationnellement que l'attribution des fruits dans le système qui laisse aux riverains la propriété des alluvions artificielles, il ne nous semble pas qu'au point de vue juridique ce droit soit mieux établi. Tout d'abord, si on ne considère pas l'Etat comme propriétaire, on doit lui refuser tout droit aux fruits. Dès lors l'intérêt principal de la délivrance disparaît. C'est, en effet, comme une conséquence du droit aux fruits, et surtout pour en limiter la durée, que s'est introduite la pratique extralégale de la délivrance. Que si l'on reconnaît à l'État un droit de propriété, la délivrance est évidemment sans objet.

Les résultats auxquels aboutit le système proposé sont, comme on le voit, fort simples et parfaitement logiques. L'État propriétaire des alluvions, acquiert *jure dominii* les fruits qu'elles produisent. La délivrance, institution extralégale, n'a plus à intervenir. Enfin il peut aliéner les atterrissements définitivement formés, ou en faire l'usage qu'il juge convenable (Construction du canal de Tancarville, et des canaux latéraux de la Loire et de la Garonne). L'art. 41 de la loi du 16 septembre 1807 indique le mode d'aliénation normale : la concession, qui peut intervenir soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Enfin dans l'hypothèse de l'art. 41, et par dérogation aux principes généraux, une loi n'est pas nécessaire pour la validité de la concession, peu importe que les alluvions aient ou n'aient pas une valeur supérieure à un million. On a soutenu quelquefois, en argumentant de la loi du 1er juin 1864 sur les ventes d'immeubles domaniaux (§ 1),

Digitized by Google

qu'une loi devait intervenir pour autoriser la concession des atterrissements dépassant la valeur d'un million. Mais la loi de 1864 ne s'est occupée que des ventes domaniales, et ses règles ne peuvent par conséquent être étendues à d'autres procédés d'aliénation[1].

D'ailleurs l'art. 41 n'est pas limitatif. L'État pourrait très valablement aliéner les atterrissements par le moyen de la vente administrative. Depuis longtemps on s'accorde à reconnaître que les mots « le Gouvernement concédera » n'ont rien d'impératif dans l'art. 41[2]. Il serait illogique d'avoir donné à l'Administration

[1] *Sic* Ducrocq, *Ventes domaniales*, n° 229. — Les formalités de la concession prévue par l'art. 41 de la loi de 1807 ont été indiquées par une ordonnance du 23 septembre 1825 complétée par les décrets du 16 août 1853, (Instructions de l'administration de l'Enregistrement, n° 2238) et du 8 septembre 1878 (Instructions de l'Enregistrement, n° 2605.) Ces formalités sont : 1° levée et approbation du plan par l'administration des Ponts-et-Chaussées; 2° mesurage, description et évaluation des terrains à concéder; 3° enquête administrative *de commodo et incommodo*; 4° arrêté préfectoral rendu après avis des ingénieurs, du directeur des domaines, et s'il y a lieu du directeur du génie militaire; 5° avis respectifs des directeurs généraux des Ponts-et-Chaussés et des Domaines; 6° avis du Ministre de la guerre; 7° Examen par la section des finances du Conseil d'Etat. — Dans la pratique on procède assez souvent à des concessions différentes de celles que nous venons d'indiquer. L'Administration concède non pas des atterrissements définitivement formés, mais des atterrissements en voie de formation, des créments futurs. Cette pratique n'est qu'une conséquence du système adopté par l'Administration. Comme elle laisse aux riverains la propriété et ne leur réclame qu'une indemnité de plus-value, elle anticipe le moment où cette indemnité serait rigoureusement exigible, en reconaissant d'ores et déjà aux particuliers un droit sur les atterrissements qui résulteront des travaux. Ce système, qui préserve en quelque sorte l'Administration contre le désir de prétendre à la propriété exclusive d'atterrissements définitivement formés, est préconisé par certains auteurs qui le considèrent comme un moyen équitable de concilier les prétentions contradictoires de l'État et des riverains. (Cpr. notamment Schlemmer. *Annales des Ponts-et-Chaussées*, 1876, I, § III). Il a été consacré par un avis du Conseil d'Etat du 29 juin 1881 qui a déterminé : 1° la procédure à suivre pour les concessions de ce genre. 2° la nature des droits qui en résultent (Voyez l'instruction de l'Administration de l'Enregistrement du 1er août 1879, n° 2618, §§ 162 et suiv.). Voy. aussi l'Instruction 2669, § 4, 1882.

[2] *Sic*, Ducrocq, *op. cit.*, nos 225 et 226; avis du Conseil d'Etat du 19 décembre 1841 et du 25 mars 1873; Instructions de l'Enregistrement, n° 2618, §§ 162 et suiv.

Digitized by Google

le pouvoir de concéder, et de lui refuser celui de vendre aux enchères publiques [1].

III.

14. Mais le système proposé peut entraîner pour les riverains de graves préjudices procédant tous de ce fait unique que la contiguité de la rive leur est désormais enlevée. C'est ici qu'on doit se demander si certaines institutions ne pourraient pas utilement fonctionner pour supprimer ou tout au moins réparer ces dommages.

La question se présente notamment pour le droit de préemption. Dans le cas où l'État reconnu propriétaire des terrains d'alluvion procéderait à leur aliénation, les ex-riverains ne devraient-ils pas avoir le droit de s'en rendre acquéreurs de préférence à tous autres ?

Il est certain que le droit de préemption ne saurait être accordé aux riverains par application de la loi du 24 mai 1842. Cette loi, dans son art. 3, confère ce droit dans l'hypothèse où des portions de routes nationales ou départementales cessent d'être affectées à un usage public, à la suite de la création d'une voie nouvelle ou du changement de tracé de la voie ancienne.

Cette hypothèse n'est évidemment pas analogue à celle qui nous occupe. L'apparition des alluvions artificielles ne modifie pas, en principe, le cours normal du fleuve. — L'art. 4 de la même loi n'est pas non plus applicable dans l'espèce. L'apparition des atterrissements n'a pas pour conséquence de modifier la nature juridique du fleuve, de le faire passer dans une catégorie de cours d'eau distincte de la catégorie à laquelle il appartenait auparavant. L'art. 4, qui d'ailleurs ne s'occupe que des chemins terrestres, prévoit précisément le cas où, par suite d'un déclassement, une route change de nature juridique.

En réalité, pour justifier le droit de préemption des riverains,

[1] Il faut cependant remarquer que l'application de la loi du 1er juin 1864 amène ici une différence bizarre entre la concession et la vente. La concession peut être faite sans loi, quelle que soit la valeur des atterrissements (voy. art. 41, L. de 1807). Au contraire pour la vente une loi est nécessaire si les terrains d'alluvion ont une valeur supérieure à un million : la loi de 1864 est formelle. Ducrocq, *op. cit.*, p. 122 et ss.

Digitized by Google

un seul texte peut être sérieusement invoqué : c'est l'art. 53 de la loi du 16 septembre 1807. A la suite d'alignements délivrés, certaines propriétés qui, antérieurement à ces alignements, confinaient à la voie publique, peuvent être désormais en retrait. Dans cette occurrence, les riverains, à l'égard des parcelles qui accèdent à leurs propriétés respectives, peuvent user du droit de préemption. L'exercice de ce droit purement facultatif pour les riverains s'impose à l'État. Dès que le riverain a manifesté l'intention d'user de la préemption, l'État est obligé d'abandonner les terrains qui s'y trouvent assujettis [1].

On a voulu appliquer l'art. 53 aux alluvions artificielles en soutenant que les terrains alluvionnaires étaient dans une situation juridique analogue aux terrains qui sur les routes séparent, par suite des alignements, les propriétés de la voie publique. L'assimilation en elle-même paraît périlleuse. Pour la justifier, on a rappelé les nombreuses ressemblances juridiques qui existent entre les voies terrestres et les voies navigables. Elles concourent au même but : assurer les communications entre les hommes. Les unes et les autres font partie du domaine public. Enfin elles sont soumises au même régime administratif et contentieux. De toutes ces similitudes on peut induire que l'art. 53 doit naturellement s'appliquer aux rivières navigables, lorsque l'étendue de leur lit est diminuée par la formation d'alluvions artificielles. Dans l'un et l'autre cas, l'interposition de bandes de terrain entre la propriété privée et la voie publique entraîne le même préjudice pour les riverains, et nécessite une réglementation identique. Dans les deux situations l'intérêt pour les riverains sera toujours de n'être point privés de l'accès à la voie terrestre ou navigable, de conserver les avantages divers que leur assurait la contiguité avec la rive ou avec la route.

D'ailleurs, soit qu'il s'agisse de terrains alluvionnaires, soit qu'il s'agisse de terrains exclus du domaine public terrestre par suite d'alignement, on peut considérer les parcelles de terre soumises à la préemption comme des portions momentanément détachées de la propriété privée. Le propriétaire, en exerçant ce droit

[1] *Sic* Ducrocq, *op. cit.*, II, nos 855; Boulatignier, *Dictionnaire général d'administration*, vo *Alignement*, p. 46.

Digitized by Google

recouvre une propriété qui lui avait été enlevée par suite d'un usage public.

Enfin, des arrêtés ministériels concertés entre les ministres des finances et des travaux publics, à la date du 13 juillet 1837 et du 2 octobre 1844, ont formellement admis l'extension du droit de préemption aux alluvions artificielles. Une décision du ministre des finances, du 2 juin 1845, a corroboré et confirmé la pratique administrative. Tels sont les principaux arguments que l'on fait valoir en faveur de l'extension de l'art. 53 de la loi de 1807 aux alluvions artificielles[1].

En législation ils ont une valeur indubitable. Mais si l'on se place uniquement au point de vue juridique et de l'interprétation des textes du droit positif, il est difficile de concéder aux riverains des fleuves le droit de préemption de l'art. 53 de la loi de 1807.

15. En effet, l'alignement dont s'occupe ce texte n'a jamais été appliqué aux fleuves et rivières navigables. Or, l'alignement seul, dans l'art. 53, donne ouverture au droit de préemption[2]. D'ailleurs, si le sens et la portée à attribuer à l'art. 53 restaient indécis à sa simple lecture, les travaux préparatoires des lois du 21 mai 1836 (art. 19) et du 24 mai 1842 fixeraient à eux seuls le sens de ce texte[3]. Il en résulte que dans l'élaboration de ces lois, en tant qu'elles se réfèrent au droit de préemption, le législateur n'a voulu que compléter et étendre le principe de la loi de 1807. Il a toujours considéré l'art. 53 comme s'appliquant

[1] *Sic* Dijon, 5 mai 1865, *J. du Palais*, 1865, p. 831; Cass. 23 décembre 1873, Dall. 1877. 1. 154; Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° *Voirie par eau*, n. 106 et ss.; Choppart, *Revue critique*, 1879, § 10; Gaudry, *op. cit.*, n. 158; Cotelle, *Droit administratif appliqué aux travaux publics*, IV, 975.

[2] Cpr. en ce sens un avis du Conseil d'État du 29 juin 1881 (Instructions de l'administration de l'Enregistrement, n° 2669, § 4, année 1882) : .....

« Considérant, d'une part, qu'il est manifeste quand on rapproche le texte de l'art. 53 de la loi du 16 sept. 1807 de celui des articles qui le précèdent et qui le suivent, que les expressions « voie publique » employées dans cet article visent uniquement les voies terrestres ;

Considérant, d'autre part, que ledit article ne saurait être étendu aux cours d'eau par voie d'analogie et d'assimilation.....»

[3] Voyez pour la loi du 24 mai 1842 le *Moniteur* : n°s des 18 et 19 janvier, 10, 14 et 15 février, 27 et 31 mars, 13 avril, 5 et 8 mai 1842.

Digitized by Google

uniquement aux routes. Il y a là, en quelque sorte, une interprétation législative qui infirme l'extension qu'on prétend donner aux règles de la loi de 1807.

Au surplus, le droit de préemption, considéré en lui-même, est exceptionnel. Il ne peut être étendu en dehors des hypothèses pour lesquelles il a été formellement prévu et organisé. D'une part, il consacre une sorte d'expropriation à l'égard de l'État. D'autre part, la préemption déroge également aux règles générales sur l'aliénation des biens domaniaux. Lorsqu'elle est exercée, l'aliénation du bien de l'État se réalise sans les formalités légales prescrites par le droit commun [1].

Enfin, les raisons qui ont amené le législateur à reconnaître aux riverains des routes le droit de préemption ne se rencontrent plus avec la même force lorsqu'il s'agit des riverains des fleuves. L'accès à la route, et le droit de pratiquer des jours ou des vues, sont pour les riverains des voies terrestres des avantages essentiels et primordiaux dont ils ne sauraient être privés sans injustice. Ces avantages constituent pour eux, non pas seulement des facultés, mais des droits certains et positifs. Au contraire, les riverains des fleuves, dans la majorité des cas, n'auront sur ces cours d'eau que des droits essentiellement précaires, toujours subordonnés au bon vouloir de l'administration. Dès lors, on conçoit aisément que le législateur n'ait pas pris le même soin d'en assurer la conservation.

S'il était nécessaire de faire valoir d'autres raisons, on pourrait ajouter que les riverains seuls ont, en général, les moyens d'utiliser les portions retranchées des routes par suite d'un alignement. Les terrains alluvionnaires ont le plus souvent une étendue considérable, et une propriété distincte et utile peut exister sur ces alluvions, sans qu'il soit nécessaire de les adjoindre aux propriétés attenantes [2].

Sur la question de l'extension du droit de préemption aux riverains des fleuves, la jurisprudence est hésitante. La Cour de

[1] art. 8, L. 22 nov. 1er décembre 1890; Ducrocq, *op. cit.*, n. 1027-1043.

[2] Voyez dans le sens de notre opinion, Ducrocq, *Ventes domaniales*, n° 274; Marais, *op. cit.*, n° 14 et 15; Plocque, *op. cit.*, n° 35; avis du Conseil général des Ponts-et-Chaussés, 3 décembre 1860.

Digitized by Google

cassation paraît admettre le principe de l'extension[1]. La jurisprudence du Conseil d'État tendrait plutôt à rejeter cette extension. On ne saurait opposer l'arrêt du 1er juin 1849[2]. Il ressort, en effet, des termes de cet arrêt et des délibérations qui l'ont précédé que le Conseil d'État, désireux d'accorder par un motif d'équité le droit de préemption dans l'espèce qui lui était soumise, s'est attaché plutôt aux circonstances de fait de la cause qu'aux principes rigoureux et stricts du droit. Dans l'espèce, une clause spéciale du cahier des charges avait formellement réservé aux riverains le droit de préemption. C'est en invoquant cette clause, et en consacrant par là le principe de la liberté des conventions, que le Conseil d'État a pu reconnaître ce droit aux riverains. Mais, nonobstant cet arrêt, déterminé plutôt par des considérations de fait que de droit, la question reste entière. Et l'on peut induire des considérants de la décision de 1849 que le Conseil d'État tend plutôt à écarter le droit de préemption en matière fluviale. L'arrêt s'attache uniquement aux circonstances de la cause : il ne contient aucune indication autorisant à admettre que d'une façon générale, dans la jurisprudence du Conseil d'État, le droit de préemption doit être accordé aux riverains.

16. Mais ces riverains n'auront-ils pas du moins le droit de recourir en indemnité contre l'État, si l'interposition des alluvions entre leurs propriétés et le fleuve entraîne pour eux un réel préjudice? La question revient à se demander si la théorie de l'indemnité pour cause de travaux extraordinaires est ici applicable.

Il est certain que si les avantages procurés par la contiguité du cours d'eau constituaient des droits, et non pas des facultés précaires, les riverains pourraient actionner l'État en dommages-intérêts, à raison de leur suppression. Le principe de l'indemnité n'est pas ici contestable. Ainsi on se trouve dans l'un des cas où les usiniers établis sur les bords d'un cours d'eau ont un droit acquis à la force motrice[3]. Alors la privation du droit entraîne l'obligation à une indemnité.

[1] Voy. l'arrêt déjà cité du 23 décembre 1873 qui cependant n'a pas statué *in terminis* sur la controverse (Dall. 1877. 1. 154.)

[2] Lebon, 1849, p. 293.

[3] Cpr. Simonnet, *Précis de Droit administratif*, nos 1038-1041 ; Lafer-

Digitized by Google

Sans doute l'État, en exécutant les travaux qui sont pour le riverain la cause du préjudice, n'a fait qu'user de son droit, et l'application dans notre matière des principes de la législation civile amènerait à écarter l'action des particuliers. Dans les rapports individuels l'acte dommageable (art. 1382, C. civ.), ne donne, en effet, droit à une indemnité qu'autant qu'il est illicite.

Depuis longtemps, les arrêts du Conseil d'État ont écarté les règles du droit privé et décidé que l'application des principes du droit public amenait ici à des résultats tout opposés. Le Code civil, forcément étranger aux rapports de la puissance publique et des particuliers, ne pouvait fixer les règles de la réparation des dommages résultant des travaux publics. Ces travaux exposent à de très graves préjudices, et l'acte de l'État, bien que n'étant pas illicite par lui-même, doit, à raison de sa gravité, entraîner l'obligation d'en réparer les conséquences.

D'autre part, les travaux effectués étant de nature à profiter à l'universalité des citoyens, il est équitable de faire également supporter à tous les suites du dommage qui en provient. Enfin la compétence des Conseils de préfecture en ces matières dénote à elle seule que le principe de l'indemnité est différent de celui consacré dans le droit civil [1].

Ce sont ces raisons qui ont amené le Conseil d'État à admettre une théorie fort large, quant à la réparation des dommages résultant des travaux publics. Pour que le particulier lésé puisse recourir contre l'État il suffira : 1° que le dommage survenu

rière, *op. cit.*, pp. 150-152; Aucoc, n° 725-729; Cons. d'État, arrêts du 11 mars 1883 et les conclusions de M. Levavasseur de Précourt, commissaire du Gouvernement; du 29 février 1884, Lyon; du 8 août 1885, Lyon; du 29 janvier 1886, Viviant.

[1] Cela se produit dans deux hypothèses: 1° lorsque la concession est antérieure au 1er février 1566; 2° lorsque l'usine, bien qu'établie après 1566, a été comprise dans une vente nationale entrainant à la charge de l'État obligation de garantie, (Batbie, VII. n° 248). — D'après certains auteurs, il y aurait encore droit acquis dans l'hypothèse où la concession postérieure, à 1566, a été faite à titre onéreux. (*Sic* Christophle, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, II, n° 270. — *Contra*, Batbie, VII, p. 230 note 2; Nadault de Buffon, *Traité des usines*, I, p. 248).

Digitized by Google

soit matériel et direct [1]; 2° qu'il porte atteinte à un droit certain [2]; 3° qu'il résulte d'un fait excédant l'exercice légitime du droit d'un propriétaire [3].

Cette théorie trouve, semble-t-il, son application toute naturelle dans l'hypothèse qui nous occupe. Les travaux publics ont porté atteinte, pour les usiniers, à un droit certain. L'atteinte très évidemment est directe et matérielle. Enfin elle procède d'un fait excédant l'usage régulier du droit d'un propriétaire. La construction d'une digue ou d'autres travaux de défense contre un fleuve est assurément un fait anormal qu'on ne peut considérer comme l'exercice légitime de la propriété.

17. Là n'est donc pas la difficulté. Elle apparaît dans le cas où la formation des atterrissements a privé les riverains non plus de l'exercice de droits certains et positifs, mais seulement de jouissances précaires sur la rivière navigable. Les riverains, avant les travaux, procédaient avec l'eau du fleuve à l'irrigation de leurs terres, ou bien cette eau leur servait pour l'exploitation de leurs industries, etc. La formation des atterrissements les prive de ces avantages.

Dans ces hypothèses il ne semble pas que l'exécution des travaux d'endiguement puissent entraîner à la charge de l'État une obligation quelconque d'indemniser les particuliers. L'administration qui, dans un intérêt public, notamment dans l'intérêt de la navigation, supprimerait purement et simplement ces jouissances précaires, en interdisant aux riverains de s'en prévaloir désormais, ne serait certainement tenue de ce chef à aucune indemnité. Une solution identique s'impose dans le cas où la privation des avantages précaires résulte de travaux publics.

Cependant certains auteurs, même dans ces hypothèses, maintiennent le droit à une indemnité [4].

Il est peu probable qu'une pareille thèse soit jamais admise. Malgré

[1] Conseil d'État, 4 mai 1877, de La Tour du Breuil; 15 février 1884 ministre des travaux publics.

[2] Conseil d'État, 26 décembre 1884, Lyon; 9 août 1880, Degray; 14 décembre 1883, ministre des travaux publics.

[3] Conseil d'État, 29 janvier 1886, Viviant.

[4] *Sic* Christophle, *op. cit.*, II, n° 254; Choppard, *loc. cit.*, § IX; Marais, *op cit.* n° 16.

Digitized by Google

la largeur d'idées dont le Conseil d'Etat a fait preuve lorsqu'il s'est agi de reconnaître aux particuliers le droit à une indemnité, sa jurisprudence ne comporte point une pareille extension. Il est manifeste qu'une des conditions d'application de cette jurisprudence fait ici défaut : il n'y a pas lésion d'un droit. Assurément la privation de ces avantages est de nature, suivant les cas, à entraîner pour les riverains un préjudice notable. On conçoit que, dans certaines hypothèses, l'indemnité soit considérée comme nécessaire. Les tentatives doctrinales faites pour amener la jurisprudence à consacrer le droit à l'indemnité s'expliquent donc aisément. Leur valeur juridique n'en demeure pas moins douteuse.

18. Arrivé au terme de cette étude, recherchons rapidement quelle est la tendance législative qui prédomine sur la question qui en fait l'objet, et quel est le meilleur système législatif pour en donner la solution.

Dans ces dernières années deux projets de loi sont intervenus pour réglementer le régime des eaux. Le premier du 24 janvier 1880 [1] dans lequel le droit de l'Etat sur les formations de terrains résultant de travaux publics est formellement reconnu (art. 69); le second du 9 décembre 1890 qui n'est en réalité qu'une reproduction de celui de 1880 tel que le Sénat l'avait modifié [2].

[1] Voy. *Journ. Off.* du 14 février 1880, p. 1704 — Ce projet reproduisait, en la complétant, la partie du projet de Code rural, déposé le 13 juillet 1876 au Sénat, relative au régime des eaux.

[2] Le Sénat vota dans la séance du 25 octobre 1883 les titres I, II, III, IV, du projet de 1880 qui furent transmis à la Chambre des Députés par le Gouvernement le 2 février 1886. Le rapport de la commission sur les titres votés par le Sénat fut déposé le 24 mars 1888 : mais la Chambre n'eut pas le temps de discuter les conclusions du rapport avant son renouvellement. Les travaux de cette commission devinrent ainsi caducs : de là la nécessité pour le Gouvernement de présenter de nouveau à la Chambre le projet voté par le Sénat. (Voyez l'annexe au procès-verbal de la séance du 9 décembre 1890, n° 1072).

Les art. 38 et 39 du projet de 1890 sont ainsi conçus :

Art. 38 : Lorsque, à la suite de travaux légalement exécutés, des portions de l'ancien lit cesseront de faire partie du domaine public, les propriétaires riverains pourront excercer le droit de préemption, conformément à l'art. 37 qui précède.

Art. 39 : La propriété des alluvions, relais, atterrissements, îles et îlots

Digitized by Google

Ces deux projets successifs accusent donc nettement la tendance législative : l'Etat doit être propriétaire des terrains qui apparaissent sur les rives des fleuves à la suite de travaux publics légalement exécutés. Les raisons d'intérêt général données pour justifier dans la législation actuelle le droit de l'Etat sur les alluvions artificielles et les relais subits peuvent également servir à justifier le système législatif qui, par un texte net et précis, pour supprimer toutes les controverses antérieures, consacrerait le droit de l'Etat [1].

Aussi bien ce droit ne paraît-il pas avoir été sérieusement contesté dans les discussions auxquelles a donné lieu au Sénat le vote des premiers titres du projet sur le régime des eaux. Le rapporteur de la Commission, M. Cuvinot, ne paraît pas mettre en doute les droits de l'Etat sur les atterrissements [2].

Le système d'attribution aux riverains ne pouvait être admis par le Parlement, appelé à résoudre la question par un texte formel. Et il est à remarquer, à l'appui de cette assertion, que parmi les divers projets de loi élaborés sur le sujet au cours de ce siècle, aucun n'a consacré le droit des riverains [3].

Aussi la difficulté qui s'élève est biens moins de savoir si le droit de l'État doit être admis, que de déterminer quelles seront les compensations qui pourront être accordées aux riverains lésés par l'interposition de terrains alluvionnaires, entre leurs héritages et le fleuve. Tous les projets de loi successivement présentés ont

qui se forment naturellement dans les fleuves et rivières faisant partie du domaine public, est et demeure réglée par les dispositions des art. 556, 557, 560 et 562 Code civil.

[1] Cpr. notamment suprà p. 12 à 14.

[2] Rapport sur l'art. 47 du projet : documents parlementaires, Sénat, Annexe n° 202, p. 119. — Voy. aussi le rapport de M. Mannoury : séance du 24 mars 1888, Annexe 2578.

[3] M. Laurent, dans son avant-projet de Code civil (art. 601 de l'avant-projet, T. III, p. 69) propose un troisième système législatif. D'après lui on ne pourrait résoudre *a priori* la question de propriété des alluvions artificielles. Les circonstances de fait, dit-il, exercent ici une influence décisive, « tellement que la loi ne saurait intervenir ni pour ni contre les riverains. » En législation ce système est évidemment critiquable : il laisse indéterminée une question sûrement susceptible de recevoir une solution générale et positive.

Digitized by Google

donné aux riverains un droit de préemption sur les terrains interposés, et résolu en leur faveur une controverse très délicate dans l'état actuel de la législation [1].

Mais on ne peut dissimuler que ce droit sera illusoire dans certaines circonstances. Souvent les terrains apparus auront une valeur si élevée que l'acquisition en sera impossible pour de simples particuliers. Ne serait-il pas juste d'étendre législativement à ce cas la théorie de l'indemnité pour cause de travaux extraordinaires? C'est ce qu'avait proposé la Chambre de commerce de Rouen en 1849.

Sans doute le droit de recourir en indemnité contre l'État, dans des hypothèses où il n'y est pas soumis par le droit commun, ne peut être accordé aux particuliers que d'une façon très discrète. Cependant si les éléments du préjudice étaient à la fois certains et sérieux, il nous semble que dans l'hypothèse actuelle la justice exigerait que ce droit soit reconnu.

Et. DELBOY.

BIBLIOGRAPHIE.

L'art de faire soi-même son testament [2],

Par M. Paul Berton, conseiller à la Cour d'appel d'Orléans,
Compte rendu par M. Félix Herbet, avocat à la Cour de Paris.

Si le droit est une science, sa pratique est un art, et un art difficile où l'érudition la plus sûre ne suffit pas toujours à se diriger. A côté des philosophes et des jurisconsultes qui recherchent les origines et les explications de nos lois dans les principes et dans les textes, il est bon que des esprits sagaces, rompus aux affaires, s'adonnent à une tâche moins brillante mais plus utile, et plus préoccupés de l'application des règles que des règles elles-mêmes, mettent à la portée du public les connaissances juridiques dont il a un besoin journalier. C'est cette œuvre de vulgarisation qu'a entreprise M. Paul Berton, conseiller à la Cour d'appel d'Orléans, et pour commencer la série des traités pratiques qu'il nous promet, il nous donne aujourd'hui l'art de faire soi-même son testament.

[1] Cpr. *supra*, p. 32 et ss.

[2] vol. in-12. Paris, 1891.

Digitized by Google

M. Berton a lieu d'être satisfait; les éloges qu'il a déjà recueillis lui ont prouvé qu'il avait pleinement réussi. Son livre répond bien au but qu'il s'est proposé d'atteindre, et la forme qu'il a su lui donner est tout-à-fait appropriée aux besoins qu'il a voulu satisfaire. Après une courte introduction où celui qui veut tester trouve la justification de son droit, vient un commentaire qui lui apprend les conditions dans lesquelles il peut l'exercer. L'homme qui fait son testament ne se propose pas de faire naître des difficultés et de fournir des espèces à la jurisprudence; il demande avant tout que ses dispositions soient exécutées. M. Berton, et c'est là l'originalité de son livre, se place toujours au moment de la rédaction du testament, à l'époque où il est encore temps de corriger les défectuosités et d'empêcher les nullités. Il indique avec précision, avec clarté, ce qui est permis et ce qui est défendu : les controverses sont signalées comme des écueils à éviter. Qui peut faire son testament? Qui peut recevoir par testament? Que peut-on léguer? Comment peut-on léguer? Autant de questions, autant de chapitres où la matière est méthodiquement divisée en sections et en paragraphes. Le testateur peut suivre avec confiance les conseils qui lui sont donnés; il est assuré que son œuvre sera à l'abri de toute contestation.

Je ne reprocherai à M. Berton qu'un excès de prudence, lorsqu'il exclut des personnes civiles en faveur desquelles on peut tester, l'Ordre des avocats. L'ordonnance de 1822 ne les a-t-elle pas reconnus en tant qu'Ordre? Le Conseil d'État a eu plusieurs fois l'occasion d'autoriser des dispositions faites au profit de l'Ordre des avocats à Paris. Sauf ce point, toutes les solutions admises par l'auteur ne peuvent qu'être unanimement approuvées.

Le livre est terminé par un formulaire très développé et deux tables alphabétique et méthodique qui permettent à l'homme le moins familiarisé avec la science juridique de trouver rapidement et sûrement le moyen de réaliser ses intentions. Je sais même plus d'un notaire qui laissera son antique formulaire et préférera chercher dans ces tables et dans ces formules les indications dont il aura besoin pour donner des conseils à ses clients. L'art de faire soi-même son testament peut devenir l'art de faire les testaments des autres.

FÉLIX HERBET.

Digitized by Google

LES COMMUNAUX ET LE DOMAINE RURAL A L'ÉPOQUE FRANQUE
Réponse à M. Fustel de Coulanges

Par M. E. Glasson, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de droit de Paris [1],

Compte rendu par M. P. Louis-Lucas, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Cette nouvelle monographie, pleine d'une érudition saine, de notre éminent maître M. Glasson, sur un des points du droit franc les plus vivement discutés dans ces derniers temps, a été écrite, comme il le dit lui-même en tête de sa préface « par droit de légitime défense. » — C'est cependant plus qu'une œuvre de justice personnelle : c'est une protestation indignée sortie de la plume d'un seul, — et des plus forts, — pour la défense de tous contre certains procédés de discussion employés par M. Fustel de Coulanges et qui nous ont toujours paru indignes du vrai savant.

Œuvre de polémique ardente et justement convaicue, le mémoire que nous présentons aujourd'hui aux lecteurs de la *Revue*, a pour objet la solution de la question de savoir s'il existait à l'époque franque des communautés agraires à côté de la propriété individuelle, qui allait se développant de jour en jour davantage sous l'influence du droit romain. M. Glasson n'a cessé de l'affirmer, et il nous paraît l'établir dans ce travail d'une façon péremptoire et définitive. En raison et en logique pures, étant donné, ce que tout le monde admet, que la terre était commune en Germanie, et qu'il est possible de constater encore à l'époque féodale l'existence de communautés de natures très diverses, il est bien difficile de penser, avec M. Fustel de Coulanges, qu'elles ont complètement disparu à une époque intermédiaire. Au surplus, les textes interprétés sans parti pris, et entendus ainsi qu'ils doivent l'être, contiennent la condamnation même de la thèse de celui qui les a invoqués en sa faveur avec cette vivacité de langage et cette maladive acrimonie que chacun sait. Le principal et le plus important est le titre *De migrantibus* de la *lex Salica ;* nous y voyons dit de la façon la moins équivoque qu'un étranger ne pouvait s'établir dans une *villa* sans le consentement de tous les habitants. Qu'est-ce donc que cela suppose avec évidence, sinon

[1] 1 vol. in-8, Paris.

Digitized by Google

une sorte de domaine éminent à leur profit, qui vient limiter la propriété privée ? D'autres textes encore, qui jouent dans le débat un rôle considérable, font, de la part de M. Glasson, l'objet d'une analyse scrupuleuse, et ils lui paraissent avec raison démontrer le maintien des communautés agraires, qui ne sont autre chose que des souvenirs persistants de l'organisation de la propriété dans les tribus germaines et gauloises primitives.

Au demeurant, M. Glasson ne va pas jusqu'à méconnaître qu'en Gaule, la propriété privée, connue des Romains, avait, sous l'influence pénétrante de leur droit et de leur mœurs, pris un rapide essor et poussé de profondes racines parmi les Francs. Mais ce n'est pas là une raison pour nier témérairement la possession en commun d'un grand nombre de biens, surtout de forêts, de prairies et de terres incultes.

Nous ne voudrions pas nous séparer de M. Glasson et de son illustre adversaire, sans les remercier tous deux d'avoir contribué à enrichir la science française d'une étude de la valeur de celle-ci. Nous sommes redevables à l'un de lui avoir restitué, sur un point essentiel de l'histoire de notre droit national, une vérité que l'éclat seul d'un style éblouissant avait pu contribuer à obscurcir dans l'esprit de quelques-uns. Quant à l'autre, qui a connu toutes les magies et dont l'erreur consista à en user contre les textes, comment n'être pas reconnaissant envers sa mémoire d'avoir provoqué de si profondes et de si utiles recherches par ses propres travaux ? En supposant qu'ils ne vivent que par les critiques qu'ils soulèveront toujours, n'est-ce pas déjà un grand service rendu à l'histoire et au droit, de les avoir faussés juste assez pour laisser au jurisconsulte et à l'historien le soin aisé et le plaisir facile du redressement ?

P. LOUIS-LUCAS.

LA LUTTE POUR LE DROIT,

Par M. Rud. von Ihering,
Professeur ordinaire de droit à l'Université de Goettingen,
Traduit de l'allemand avec l'autorisation de l'auteur,
Par M. O. de Meulenaere, Conseiller à la Cour d'appel de Gand [1].
Compte rendu par M. P. Louis-Lucas,
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Dijon.

L'éloge du petit volume dont le titre précède n'est plus à faire :

[1] 1 vol. in-18, Paris.

Digitized by Google

son succès, né en même temps que lui, s'est affirmé depuis 1872, date de son apparition première (Wien, in-8°), par neuf éditions allemandes successives (9nte Aufl., Wien, 1889, in-8°) et par vingt traductions en différentes langues, dont la dernière, en japonais, est due à M. Nischi (Tokio, 1885). Dès 1875, M. A. F. Meydieu en publia une traduction française (Vienne et Paris), qu'il est aujourd'hui devenu difficile de trouver en librairie, et qui n'a, du reste, pas eu beaucoup de retentissement. Aussi devons-nous savoir le plus grand gré à M. le conseiller de Meulenaere d'avoir su s'identifier avec son modèle au point de nous rendre la pensée de l'auteur avec toute sa vigueur et toute sa saveur, et de nous apporter le témoignage intégral de sa merveilleuse puissance de raisonnement, de sa force étonnante de conception.

La lutte pour le droit s'adresse en réalité au grand public. Ce n'est pas une thèse de pure théorie juridique, mais une thèse de haute morale pratique, qui s'impose à la méditation, disons le fond de notre sentiment, à l'admiration de tous. Sans insister ici sur le mérite intrinsèque d'une œuvre originale et de grande portée, qui a le rare privilège, mais aussi la fortune bien méritée, d'avoir fait aujourd'hui son tour du monde, qu'il nous suffise de dire que cet opuscule est de nature à faire une profonde impression sur l'esprit de ses lecteurs. On sent que, largement pensé, il est le produit d'une longue méditation et le fruit d'une philosophie sereine et imprégnée d'un ardent sentiment de justice humaine. Chaque idée s'y détache en quelque sorte comme une maxime et engendre des réflexions fortes et fécondes. Ce que combat surtout l'éminent professeur de Goettingen avec cette ampleur de vues et cette énergie qui sont seules capables d'éveiller dans les âmes la disposition morale qui doit faire la force suprême du droit et se traduire par une manifestation courageuse, ferme et constante du sentiment juridique, c'est l'apathie, le scepticisme, la faiblesse, l'indifférence et la lâcheté, propres uniquement à faire peser sur les bons le joug des méchants et à mettre à la merci de ces derniers leurs personnes et leurs biens, sans défense de leur part et sans appel au pouvoir tutélaire chargé de les protéger et de rendre à leur conscience inquiète ou troublée son repos et sa

Digitized by Google

liberté. Sans pousser à la brutalité non plus qu'à la taquinerie, il demande que quiconque se sent fort de son droit le revendique avec courage et fierté. Seule, en effet, la lutte pour le droit peut assurer la paix. — L'auteur excelle ensuite à nous montrer le travail incessant du droit, et ses pénibles efforts au milieu des aspirations diverses, des besoins multiples et des intérêts variables des hommes. Il nous le dépeint toujours en quête de la bonne voie, et, quand il l'a enfin découverte, combattant encore, combattant toujours les résistances qui s'opposent à lui avec une perpétuelle tenacité. Mais aussi quelle force il a, quand il arrive au triomphe, ce droit conquis au prix de tant de difficultés, de périls et de sacrifices, et comme il sait payer en un inestimable bonheur les efforts victorieux que l'on a faits pour l'acheter!

M. de Ihering, avec cette élévation de style et cette noblesse de pensée qui le distinguent, établit cette vérité essentielle, que souvent un procès est, pour l'individu lésé, tout autre chose qu'une simple question d'intérêt; qu'il s'agit, pour lui, non d'une vétille sans valeur, mais de sa personnalité, de son honneur, de son sentiment du devoir, du respect de lui-même; qu'il devient, en un mot, une question de dignité et de caractère, puisqu'il s'analyse en l'affirmation ou en l'abandon de sa personnalité.—Et il ajoute que la lutte pour le droit est un devoir de l'intéressé envers lui-même, et qu'elle constitue également un devoir envers la société. — En terminant, il examine jusqu'à quel point le droit actuel répond aux exigences qu'il a développées; à son avis, nos législations modernes manquent de ce caractère idéal qui, dans la lésion du droit, voit moins l'atteinte à la chose qu'à la personne elle-même.

Telle est, résumée dans une pâle analyse, qui n'a pu en donner ici qu'une idée bien imparfaite, l'étude du professeur von Ihering, étude qui ne fut, au début, qu'une simple conférence faite à la société juridique de Vienne, et que l'étonnement et le ravissement de ses heureux auditeurs forcèrent l'auteur à livrer à la publicité, au plus réel avantage de tous. Espérons, avant de nous en séparer, que M. le conseiller de Meulenaere voudra bien continuer la tâche si éminemment utile qu'il a entreprise, et que, traducteur fidèle d'un auteur favori, pour lequel le culte de

Digitized by Google

l'homme de bien s'explique et se justifie sans peine, il consentira à faire passer dans notre langue les autres œuvres de l'illustre savant, dont le nom n'a cessé de grandir; du penseur profond et puissant que l'Allemagne reconnaissante considère avec raison comme l'un de ses plus grands jurisconsultes, et qu'elle a comblé d'honneurs mérités, à son jubilé de 70 ans, le 22 août 1888; de cet ardent vieillard, dont l'incomparable activité d'esprit et l'admirable puissance de travail attestent encore toute la vigueur et toute la virilité, et qui, en ce moment même, prépare une histoire du développement du droit romain, désireux sans doute de remercier la science, en jetant sur elle et sur lui le nouveau lustre d'un titre de plus à la gloire.

P. LOUIS-LUCAS.

Étude de science juridique pure.

La règle de droit. Analyse générale, spécialités, souveraineté des États, assiette de l'impôt, théorie des statuts, système des rapports de droit privé, précédé d'une introduction sur la classification des disciplines,

Par M. Ernest Roguin, professeur de législation comparée à l'Académie de Lausanne,
Ancien conseiller de la légation de Suisse à Paris [1],
Compte rendu par M. P. Louis-Lucas, professeur agrégé à la Faculté de Droit de Dijon.

Sous ce titre un peu long, M. Roguin s'est proposé de rechercher les principes fondamentaux du droit, qu'il distingue très nettement de la religion, de la morale et de l'économie politique. Après avoir établi les bases du droit, il en poursuit l'application dans la vie publique ou privée, ce qui le conduit à étudier la souveraineté des Etats, l'assiette des impôts, la théorie des statuts, les droits réels et personnels, la condition des personnes, e droit de propriété, les monopoles de droit privé, dans lequel il fait rentrer la propriété littéraire et industrielle, le droit des obligations, et enfin la transmission des droits, soit à titre particulier, soit à titre universel. L'auteur a, de parti pris, écarté de son œuvre toute critique et toute recherche historique. « Nous avons

[1] 1 vol. in-8, Paris et Lausanne.

Digitized by Google

eu pour but, écrit-il, d'analyser les règles de droit ayant existé historiquement ou même seulement imaginables, possibles, de montrer la nature distincte du rapport juridique à l'égard des relations d'autres espèces et d'en dégager les éléments constants. »

Cette science nouvelle, ainsi définie par M. Roguin, a, dit-on, l'Allemagne pour berceau, où les jurisconsultes d'outre-Rhin s'en sont occupés, notamment sous le titre de *Rechtsnorm*. Tout en estimant avec raison que ces théories allemandes sont absolument erronées, l'auteur a eu le désir louable de les faire connaître en France, mais avec l'arrière-pensée de les combattre ensuite. C'est ce nouveau genre d'études qu'il qualifie du nom de *science juridique pure*.

Pour arriver à la découverte de ce qu'il appelle la règle de droit, de ce que d'autres avant lui ont désigné sous le nom de droit naturel, ou encore sous celui d'idéal du droit, M. Roguin pense que, encore que le droit soit essentiellement et avant tout une science d'application, il convient de se dégager de toute préoccupation d'un intérêt pratique et même d'aller jusqu'à écarter les autres sciences.

En dépit de la hardiesse de sa tentative, nous ne voyons pas que notre savant collègue de Lausanne soit arrivé à des résultats tout à fait nouveaux. Il reconnaît sans difficulté que le droit positif a besoin de sanction; il admet sans peine l'existence de différences notables qui séparent le droit de la morale et de l'économie politique; il adopte enfin la distinction courante du droit en public ou privé. D'autre part, tout ce qui concerne les droits réels ou personnels ne paraît pas s'écarter en général des doctrines ordinaires. Et, chose assez curieuse, tandis qu'il professe une aversion véritable pour le droit romain, sa théorie des obligations ne s'éloigne pas d'une manière sensible de celle de cette antique législation. M. Roguin a été beaucoup trop loin, en rejetant ce qu'il appelle « la superstition des Pandectes ». Si c'est, sans doute, un droit, nous dirons plus, un devoir pour tout esprit respectueux de la vraie science et observateur scrupuleux des obligations qu'elle impose, d'exercer un contrôle sévère sur les opinions qu'on a puisées dans les textes de l'antiquité romaine sur la nature et la classification des droits, encore faut-il

Digitized by Google

ici, comme ailleurs, agir avec autant de prudence que de circonspection et d'indépendance et éviter surtout de se laisser dominer par une admiration aveugle ou par une prévention irréfléchie.

Que M. Roguin n'aime pas le droit romain, il en est bien libre à coup sûr; mais que ce soit du moins à la condition que son aversion ne lui porte pas malheur. Or, nous n'hésitons pas à déclarer qu'elle ne lui a pas toujours été très favorable. C'est ainsi que, selon lui, il dépend de la volonté du législateur de faire qu'un contrat soit réel ou consensuel (voy. p. 363 et suiv.). N'est-ce pas oublier, comme à plaisir, — méprise dans laquelle ne sont jamais tombés les jurisconsultes romains — que certains contrats sont nécessairement réels, c'est-à-dire ne se peuvent former que par la livraison même de l'objet? Alors même qu'un législateur déclarerait, ce qui n'eut jamais lieu en droit romain, mais ce qui est devenu un axiome aujourd'hui (C. civ., art. 1134), que tous les contrats sont de bonne foi et que le consentement en est en quelque sorte l'âme et le souffle, dépendrait-il de sa volonté, comme le soutient M. Roguin, de décréter qu'un prêt, qu'un gage, qu'un dépôt, existent avant toute remise matérielle de l'objet? La raison de toutes les législations, de tous les temps et de tous les pays a protesté et protestera toujours contre une pareille théorie. Ce qu'il y a tout au plus, en pareil cas, c'est simplement une promesse de prêt, de gage ou de dépôt, et pas autre chose.

Il est pareillement impossible d'admettre certaines idées de l'auteur sur le droit de propriété, et notamment l'opinion suivant laquelle une disposition de loi peut arbitrairement appartenir au droit public ou au droit privé. Sans aucun doute, cette observation contient un fond de vérité, mais il faut bien prendre garde d'en exagérer l'application, comme nous paraît l'avoir fait M. Roguin.

Quoi qu'il en soit de ces critiques, son livre est assurément celui d'un esprit aussi distingué que savant, et l'on ne doit point s'étonner qu'un essai aussi hardi que le sien soulève quelques objections. L'auteur, du reste, l'a franchement reconnu et il a prouvé par là même qu'en ne redoutant pas la contradiction, il a eu en vue l'unique recherche de la vérité. Aussi son étude,

Digitized by Google

produit d'un effort considérable, mérite-t-elle à plus d'un titre d'attirer l'attention et d'amener la méditation.

Peut-être, toutefois, est-il permis de regretter, M. Roguin nous laissera volontiers donner cette forme à notre éloge, — qu'il ait cru devoir remuer un aussi grand nombre d'idées, plutôt au sujet d'une simple question de terminologie à employer qu'au profit du fond même des doctrines, et qu'ainsi les résultats obtenus ne semblent pas toujours en rapport avec la peine qu'il a prise.

P. LOUIS-LUCAS.

INTRODUCTION HISTORIQUE AU DROIT PRIVÉ DE ROME,

Par M. James Muirhead, L.L. D. (Glasc.), Professeur de droit romain à l'Université d'Edimbourg,

Traduit et annoté avec l'autorisation de l'auteur,

Par M. G. Bourcart, agrégé près la Faculté de droit de Nancy [1].

Compte rendu par M. P. Louis-Lucas,

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Dijon.

A la différence des Allemands, des Italiens et des Français, les jurisconsultes anglais écrivent peu, et nous l'avons toujours déploré. Si un livre est, à cet égard, de nature à augmenter nos regrets, c'est bien celui dont l'éminent professeur d'Édimbourg, enlevé à la science par une mort prématurée, a enrichi la bibliographie du droit romain en 1886 : car cet ouvrage magistral donne la juste mesure du talent et de l'érudition de nos voisins d'Outre-Manche. Destiné primitivement à l'*Encyclopaedia Britannica*, c'est M. Muirhead qui se charge de nous l'apprendre lui-même dans son *Avertissement*, l'*introduction historique au droit privé de Rome* prit bientôt des proportions telles que, pour pouvoir l'insérer dans ce Recueil, il aurait fallu l'abréger dans une notable mesure. Aussi son auteur reçut-il le sage et intelligent conseil de le publier *in extenso* en volume séparé, et eut-il l'heureuse inspiration de le suivre, pour le plus grand profit de tous ceux qui ont, comme nous, le culte du droit romain. M. Muirhead a cru devoir présenter cette explication initiale, parce que, ajoute-t-il, le plan et l'exécution auraient été quelque peu différents, si, dès le principe, il avait eu en vue de publier un livre à

[1] 1 vol. in-8, Paris.

Digitized by Google

part. De fait, l'exposition rompt avec celle à laquelle nous ont accoutumés des traditions déjà lointaines, mais la marche n'en est pas moins logique et satisfaisante pour l'esprit. C'est période par période que l'auteur étudie l'attachante évolution juridique du droit romain, de telle sorte que chacune se suffit à elle seule et est indépendante de celles qui la précèdent ou la suivent. Ce n'est pas à dire, toutefois, qu'un lien ne les relie pas ensemble : seulement, il est ici purement intellectuel et n'a rien de réel. Au point de vue objectif et matériel la scission est complète. C'est ainsi que M. Muirhead est parvenu à nous donner, dans un bel ensemble, l'intelligence des principales institutions juridiques romaines, en commençant par l'État dont il suit la genèse, et en terminant par la famille. Conçu avec beaucoup d'art, son livre ne contient aucune de ces théories nébuleuses, vagues et fatigantes, qui sont le trop fréquent apanage des œuvres prétendues profondes (sans doute parce que rien ne brille au fond) ; tout y est clair, net, lumineux et précis ; tout s'y enchaîne dans des développements harmonieux et simples ; tout y est marqué au coin d'une saine logique et d'un grand bon sens.

L'ouvrage, envisagé au point de vue de ses lignes principales, se divise en cinq parties. Dans la première, intitulée *Période royale*, l'auteur nous retrace à larges traits, dans une série de quatre chapitres : la condition sociale et politique de Rome et sa population jusqu'à l'époque de Servius Tullius ; les principes d'ordre public et privé ; les institutions de droit privé ; les réformes serviennes. La rubrique de la seconde partie, composée de ces simples mots *Jus civile*, suffit à nous montrer que nous allons assister à l'enfantement et au développement du droit primitif de Rome. Cette seconde période s'étend de l'établissement de la République jusqu'à la soumission de l'Italie centrale et méridionale, et l'auteur y passe successivement en revue les événements historiques qui eurent de l'influence sur le droit, les douze tables, le droit privé d'après les douze tables et au delà, la procédure judiciaire sous le système des décemvirs, la stipulation et la *legis actio per condictionem*. — La troisième partie, consacrée à la seconde moitié de la République, nous fait pénétrer dans une législation plus humaine et moins stricte, moins nationale et plus ouverte :

Digitized by Google

c'est du *jus gentium* et du *jus honorarium* qu'il y est traité. Les influences qui se sont exercées sur le droit, ses facteurs, les changements de fond qui y furent introduits au cours de cette période, y sont tour à tour envisagés. — Dans une quatrième partie, nous entrons dans l'Empire, que nous suivons jusqu'au régne de Dioclétien : avec le triomphe du *jus naturale*, le droit romain s'est définitivement épuré, et nous assistons à son complet épanouissement. M. Muirhead commence par nous montrer quels furent, pendant cette période, les caractères et les éléments constitutifs du droit, dont il étudie ensuite la science avec les grands jurisconsultes classiques ; puis il nous indique quels changements de fond y furent introduits, et insiste, en terminant, sur la procédure judiciaire. — Quant à la cinquième et dernière partie, elle embrasse les règnes de Dioclétien à Justinien, et s'intitule, par là même, *Période de codification*. Un tableau des différents événements qui influèrent sur le droit, l'indication des recueils de lois et de doctrine antérieurs à Justinien, le droit et la législation de ce prince en forment le contenu. — Enfin, huit notes importantes terminent, sous le titre d'appendice, l'exposé du savant professeur anglais. Elles ont trait à l'emploi du mot *cognati* par les écrivains littéraires ; à la *coemptio ;* aux définitions du *nexum* par Mamilius, Quint. Mucius, et Ael Gallus ; à l'effet, d'après M. von Ihering, de la *lex Papiria* (*de sacramentis exigundis*) sur la procédure *per sacramentum ;* au dépôt, dans cette procédure, de bœuf, mouton ou argent *ad pontem ;* à l'indication d'un argument tiré de la *lex coloniæ Juliæ Genetivæ* et destiné à prouver que l'*aes confessum* des douze tables désignait le prêt en vertu du *nexum ;* au *partis secanto* des douze tables, d'après M. Kohler ; à l'anecdote de Cicéron sur Canius et Pythius, comme exemple d'opération du *nomen transcripticium*.

Tel est, brièvement analysé, l'ouvrage remarquable de M. Muirhead, ouvrage de haute valeur et de grande portée, à raison même de son intérêt historique et scientifique considérable.

Un mot nous suffira maintenant pour caractériser la traduction française dont il vient d'être l'objet de la part de M. G. Bourcart : c'est qu'elle est telle que nous étions en droit de l'attendre et de l'exiger de notre distingué collègue de Nancy. Non seulement

Digitized by Google

elle ne laisse rien à désirer au double point de vue de la fidélité et de l'élégance, mais elle nous donne une œuvre plus complète que l'original et, par conséquent, plus précieuse encore. M. Bourcart y a fait de nombreuses et savantes additions, destinées à faciliter les comparaisons soit avec les coutumes primitives des autres peuples, soit avec les ouvrages qui traitent des matières abordées par l'auteur anglais ; et, non content d'avoir rempli son devoir de traducteur en mettant son modèle à jour, il a encore enrichi l'appendice final de cinq notes excellentes et très érudites sur la clientèle et la plèbe, sur l'histoire de la famille, sur la *coemptio*, sur l'histoire de la propriété, sur l'origine des contrats, les droits personnels et la procédure primitive à Rome. Notre excellent collègue a donc bien mérité de la science, en mettant un beau livre à la portée d'un plus grand nombre de lecteurs, et en permettant ainsi au regretté professeur d'Édimbourg de se survivre aussi bien en France que dans le Royaume-Uni. L'*Introduction historique au droit privé de Rome*, dans laquelle un *index* alphabétique fort bien dressé permet de faire des recherches promptes et faciles, fait aujourd'hui autant d'honneur à celui que l'a méditée et écrite qu'à celui qui s'est associé à l'œuvre originale en la rajeunissant et en la faisant passer dans notre langue d'une façon si digne d'éloges.

P. LOUIS-LUCAS.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE COMMERCIALE

(Année judiciaire, 1889-1890).

Par M. Henry Bonfils, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

FAILLITE ET LIQUIDATION JUDICIAIRE.

L'héritier d'un commerçant, qui n'est pas créancier de son auteur décédé et qui a d'ailleurs fait acte d'héritier, a-t-il qualité pour provoquer la déclaration de faillite de ce commerçant ? — Aix, 25 janvier 1890, *Sir.* 1890. 2. 80.

La Cour d'Aix a résolu la question par la négative. L'arrêt est brièvement motivé. La Cour s'appuie sur le texte de l'art. 437, § 3, Cod. com. et sur cette circonstance que l'héritier, qui n'était pas créancier du défunt, a fait acte d'héritier pur et simple et est par conséquent tenu indéfiniment du paiement des dettes de son père. — La Cour adopte ainsi l'une des trois opinions entre lesquelles s'étaient divisés les auteurs.

D'après une première opinion, l'héritier d'un négociant décédé en état de cessation de paiements ne pourrait jamais, alors même qu'il serait créancier de ce commerçant, provoquer la déclaration de sa faillite [1].

Dans la seconde opinion, celle à laquelle se rattache implicitement la Cour d'Aix, les héritiers du commerçant décédé en état de cessation de paiements ne peuvent être admis à provoquer la déclaration de la faillite de leur auteur, qu'à la double condition d'être créanciers de ce commerçant et d'avoir renoncé à sa succession, ou de l'avoir acceptée sous bénéfice d'inventaire, d'avoir empêché la confusion juridique des deux patrimoines du défunt et de ses héritiers [2].

Les partisans de la troisième opinion pensent que les héritiers

[1] Renouard, *Traité des faillites*, t. I, p. 272. — Pardessus, *Cours de D. com.*, t. III, n° 1099. — Boistel, *Précis de D. com.*, n° 893.

[2] Demangeat sur Bravard, *Traité de D. com.*, t. V, p. 34, note 2.

Digitized by Google

du négociant décédé en état de cessation de paiements, alors même qu'ils ne sont pas ses créanciers, ont les mêmes droits que leur auteur et peuvent en conséquence provoquer la déclaration de sa faillite comme il aurait pu le faire lui-même pendant sa vie. MM. Lyon-Caen et Renault disent fort justement : « Sans « doute les héritiers auraient plutôt avantage à prévenir l'éclat « fâcheux d'une faillite ; mais enfin chacun est juge de son inté- « rêt. — Si les héritiers veulent, au prix de cet éclat, obtenir un « concordat qui, moyennant une somme déterminée, leur per- « mettra d'éviter les frais de vente en justice, de liquider de la « manière et à l'époque qui leur paraîtront le plus favorables, « pourquoi les empêcher? L'art. 437, al. 3, n'est pas assez for- « mel pour enlever à des héritiers un droit qu'avait leur « auteur[1]. »

N'est-ce pas aujourd'hui la seule opinion acceptable, celle à laquelle eût dû se rallier la Cour d'Aix?

La loi du 4 mars 1889, dans son art. 2, al. 3, s'exprime ainsi : « *Peuvent être admis au bénéfice de la liquidation judiciaire de la succession de leur auteur les héritiers qui en font la demande dans le mois du décès de ce dernier, décédé dans la quinzaine de la cessation de ses paiements, s'ils justifient de leur acceptation pure et simple ou bénéficiaire.* »

Cette disposition ne figurait pas dans le projet de loi primitif. Elle a été insérée à la suite d'un amendement déposé et soutenu par M. Thellier de Poncherville à la Chambre des Députés, dans les séances des 16 et 18 octobre 1888. Après discussion, renvoi à la commission, modification de la rédaction, l'amendement fut définitivement adopté et voté par la Chambre et par le Sénat[2].

Les rédacteurs de la loi du 4 mars 1889 ont bien déclaré, il est vrai, ne pas vouloir toucher, en principe, à la législation relative à la faillite, désirer seulement établir une sorte de législation parallèle et créer une espèce de faillite atténuée. — Mais, leurs efforts ont été vains. La force des choses l'a emporté et la la loi nouvelle, toute pleine elle-même d'emprunts faits à la loi

[1] Lyon-Caen et Renault, *Précis de D. com.*, t. II, n° 2589. — Bédarrides, *Traité des faillites*, t. I, p. 25.

[2] *Journal off.* des 17 et 18 octobre 1888. *Déb. parlem.*, p. 2203, 2208.

Digitized by Google

du 28 mai 1838, apporte des corrections ou des modifications à la loi antérieure. (Voir art. 20, 22, 23 et 24). — Il ne pouvait en être autrement. La situation favorable accordée au liquidé judiciaire et celle faite au failli ont trop de ressemblances, de similitudes, de points communs, pour que les règles de l'une et de l'autre puissent être sensiblement différentes. La cause de la liquidation judiciaire est la même que la cause de la faillite, l'état de cessation de paiements. Les intérêts à sauvegarder, les droits légitimes à respecter, les fraudes à anéantir dans leurs conséquences sont identiques. Et dominé par cette identité le législateur de 1889 est obligé d'écrire, art. 24 : *Toutes les dispositions du Code de commerce qui ne sont pas modifiées par la présente loi continueront à recevoir leur application en cas de liquidation judiciaire comme en cas de faillite.*

Mais s'il en est ainsi, si la liquidation judiciaire et la faillite sont tellement rapprochées l'une de l'autre que les règles les plus importantes leur soient communes, ne faut-il pas admettre que les dispositions de la loi nouvelle doivent être obéies en matière de faillite, pourvu qu'elles ne soient pas *caractéristiques* de l'état de liquidation judiciaire?

Or ici, dans la question ci-dessus posée, n'est ce pas *à fortiori* que la Cour d'Aix eût dû raisonner? Comment! La loi nouvelle autorise, sous certaines conditions, les héritiers d'un commerçant, décédé en état de cessation de paiements, à solliciter le bénéfice de la liquidation judiciaire et ils ne pourraient pas provoquer la déclaration de faillite de leur auteur! Il peuvent jouir de la situation la plus favorable et ils ne pourraient pas se placer dans la moins avantageuse! Qu'espèrent-ils obtenir dans un cas? un concordat. Quel but visent-ils dans l'autre cas? un concordat. — Si le but à atteindre est le même, pourquoi leur interdire une voie, celle de la faillite, lorsque l'autre peut leur être fermée, parce que, par exemple, les délais fixés par les art. 1 et 2 de la loi de 1889 sont déjà expirés?

Un pareil refus est d'autant plus inadmissible que la liquidation judiciaire demandée et obtenue par eux pourra ou devra se transformer en faillite, dans les cas prévus par l'art. 19 de la loi du 4 mars 1889. La provocation de cette faillite aura été, il est vrai,

Digitized by Google

indirecte de la part des héritiers; mais elle ne sera pas moins le résultat de leur demande.

Nous pensons donc que toute controverse doit cesser et que l'art. 437, al. 3, C. com., qui du reste ne contient pas de restriction formelle, doit être interprété désormais à l'aide de l'art. 2 de la loi du 4 mars 1889.

Un associé en nom collectif peut-il obtenir personnellement le bénéfice de la liquidation judiciaire, alors que la société est, comme personne civile, déclarée en faillite? — Paris, 21 mai 1890, *Sir.* 1890. 2. 145.

La Cour de Paris a adopté la solution affirmative. La question paraît nouvelle. En réalité, elle est ancienne.

En effet, avant l'introduction de la liquidation judiciaire dans notre législation commerciale, avant la loi du 4 mars 1889, plusieurs arrêts et la majorité des auteurs reconnaissaient que la déclaration de faillite d'une société en nom collectif entraînait de *plein droit* la faillite personnelle de chacun des associés — quelques dissidences s'étaient néanmoins manifestées [1]. — Tout récemment, dans un mémoire couronné par la Faculté de Droit de Lyon, un de nos jeunes collègues, M. Paul Pic, a, avec un remarquable talent, combattu la thèse généralement admise. — C'est à elle cependant que, comme et avec la Cour de Paris, nous croyons devoir nous rallier. Nous pensons que la faillite de la société en nom collectif entraîne *ipso facto* la faillite de chacun des membres de cette société, condition indispensable pour que puisse se poser la question résolue par la Cour de Paris.

Cette thèse se déduit inévitablement et du caractère propre aux sociétés en nom collectif et des textes de la loi positive, du Code de commerce. — La caractéristique de la société en nom collectif réside dans l'engagement personnel, indéfini et solidaire de tous et de chacun des associés à l'égard des dettes sociales. Les dettes de la société sont également celles des associés. Les créanciers sociaux ont pour gage, non seulement les biens, les valeurs composant le patrimoine social, mais aussi les biens propres de cha-

[1] Voir dans le *Recueil* de Sirey la note de notre savant collaborateur, M. Lyon-Caen, sous l'arrêt ci-dessus visé.

Digitized by Google

cun des associés. Les membres de la société en nom collectif sont débiteurs solidaires des dettes sociales.

Mais la solidarité n'existe pas seulement dans les rapports personnels et réciproques des associés. Elle existe aussi dans leurs rapports avec la personne civile de la société, les associés en nom collectif sont débiteurs solidaires : 1° chacun avec tous les autres ; 2° tous avec l'être moral, la société. — Nous nous écartons sur ce dernier point de l'opinion généralement reçue qui ne voit dans les associés en nom collectif que des débiteurs *subsidiaires* des obligations contractées par la société. — Nous constatons que le désaccord est complet parmi les auteurs, quand il s'agit de déterminer les conséquences à déduire de ce caractère subsidiaire. — Les uns voient dans les associés des cautions de la société ; d'autres des cautions solidaires entre elles, mais non avec l'être moral ; d'autres des cautions solidaires avec le débiteur principal ; — quelques auteurs accordent à ces associés le bénéfice de discussion ; quelques autres pensent que la solidarité des associés est absolument exclusive du bénéfice de discussion comme du bénéfice de division. — Quelques personnes, sans admettre le bénéfice de discussion en faveur des associés, décident néanmoins que les créanciers sociaux ne peuvent atteindre les associés personnellement qu'après s'être adressés, d'abord et vainement, à la société et à sa caisse. Mais suffira-t-il que la société ait été mise en demeure et que le refus de payer ait été constaté par un protêt ou par un acte équivalent? ou faudra-t-il que les créanciers sociaux aient obtenu un jugement de condamnation contre la personne civile de la société? Nouveau désaccord [1]. — Le jugement obtenu contre la société englobe-t-il tous les associés et peut-il être exécuté contre eux, le cas échéant, sans qu'une autre condamnation soit nécessaire ? — Un jugement obtenu contre un débiteur principal acquiert-il force de chose jugée et d'exécution contre le débiteur subsidiaire et accessoire ? — Si l'obligation des co-associés en nom collectif n'est que subsidiaire à celle de la société, n'en

[1] Lyon-Caen et Renault, *Précis de D. com.*, t. I, n° 337. — Delamarre et Lepoitvin, *Traité de D. com.*, t. III, n° 26. — Demangeat sur Bravard, t. I, p. 66 *et la note*. — Molinier, *Traité de D. com.*, n° 254. — Paul Pont, *Des sociétés com.*, n° 1404 et suiv.

Digitized by Google

faut-il pas conclure que la mise en faillite de la société ne peut entraîner, nécessairement et *ipso facto*, la faillite personnelle des associés? M. Paul Pic le pense. N'a-t-il pas la logique de son côté?

Ces divergences ne sauraient se produire parmi ceux qui, comme nous, estiment que vis-à-vis des créanciers sociaux, la personne civile de la société et les associés forment un groupe unique de codébiteurs solidaires, tous placés sur le même plan, sur le même degré. Pour nous, tout associé a le caractère de codébiteur solidaire tout à la fois, et avec l'être moral de la société, et avec chacun de ses co-associés [1]. Le jugement portant condamnation rendu contre la société a autorité de chose jugée et force exécutoire de plein droit contre tous les associés en nom collectif [2]. La solidarité ainsi comprise nous paraît être de la nature même de la société en nom collectif, telle que l'a conçue le législateur français. Nul argument contre notre doctrine ne peut être tiré du texte de l'art. 22, C. com. Les termes employés par le législateur se prêtent à notre interprétation, comme à celle des partisans de la thèse de l'obligation subsidiaire.

Ce n'est pas que l'esprit ne puisse imaginer une espèce de société dans laquelle les associés ne joueraient que le rôle de débiteurs *subsidiaires, secondaires*, envers les créanciers de la personne civile, celle-ci étant seule débitrice principale. Mais le législateur, qui adopterait cette conception, devrait nettement la manifester en déterminant la portée et les effets de cette obligation subsidiaire, en indiquant par la différence des traitements appliqués la distinction à établir entre le débiteur principal, la société, et les débiteurs subsidiaires, les associés. — Le législateur du Code de commerce ne l'a point fait.

Si nous admettons comme chose certaine qu'un lien de conjonction et de solidarité unit l'être moral, la personne civile de la société à chacun des associés, la faillite de la société va nécessairement entraîner, comme conséquence forcée et inéluctable, la faillite de chacun des divers associés. Quand les dettes sociales ne sont pas acquittées, il y a cessation de paiements tout à la fois

[1] Voir Laurin, *Cours de D. com.*, 2e édit. n° 285.

[2] Cass. 12 juillet 1888, *Sir.* 1889. 1. 309.

Digitized by Google

de la part de la société et de la part des codébiteurs solidaires de cette société. Les dettes sociales sont impayées à l'égard de tous, de l'être moral et des personnes physiques. Les dettes sociales sont en même temps les dettes personnelles de chacun des membres de la société. Si elles étaient acquittées par l'un des associés, il ne saurait y avoir cessation de paiements, ni pour la société, ni pour les associés. L'état de cessation de paiements ne peut se produire à l'égard de la société, que si aucun des associés ne paie les dettes sociales; ce qui implique que tous les associés sont également en état de cessation de paiements à l'égard de ces mêmes dettes.

Le Code de commerce ne résout pas formellement la question comme l'ont fait quelques codes étrangers : Code italien de 1882, art. 847; Code espagnol de 1885, art. 923; Code portugais de 1888, art. 746, etc. Mais c'est avec une entente parfaite et exacte des principes régulateurs et fondamentaux de la société en nom collectif que les auteurs de la loi du 28 mai 1838 y ont inséré les art. 438, 2e al., 458, 2e al. et 531. — Ce dernier texte surtout est difficilement explicable, si l'on se refuse à admettre que la cessation de paiements d'une société en nom collectif entraîne *ipso facto* la cessation de paiements de chacun des associés.

Avant la loi du 4 mars 1889, la faillite de chacun des associés était donc, d'après l'opinion dominante, la conséquence fatale et forcée de la faillite de l'être moral. — En doit-il être ainsi encore aujourd'hui, et si l'être moral est mis en état de faillite, chacun des associés doit-il aussi être déclaré failli? L'un ou quelques-uns d'entre eux ne peuvent-ils obtenir le bénéfice de la liquidation judiciaire? La Cour de Paris a résolu cette question affirmativement. Il nous paraît que la solution adoptée est la seule qui puisse s'induire des textes du Code de commerce, du caractère de la liquidation judiciaire et des motifs qui ont fait édicter la loi du 4 mars 1889.

D'après le Code de commerce, la faillite déclarée de la société entraîne fatalement celle de tous les associés débiteurs solidaires, parce que la cessation de paiements de la société implique la cessation de paiements de la part des associés. Mais si cette cause unique est commune à la société et à ses membres, elle peut

Digitized by Google

néanmoins engendrer des résultats, aboutir à des solutions différentes pour l'être moral et pour les associés. La société, personne civile, et quelques-uns des associés peuvent être placés dans des situations dissemblables. Ainsi, l'unique cause génératrice de l'état de faillite, la cessation de paiements, peut aboutir à mettre les créanciers en état *d'union* à l'égard de la société et peut aussi, à l'égard de l'un ou de plusieurs des associés, prendre fin par le vote et l'homologation d'un *concordat*. C'est l'hypothèse même prévue par l'art. 531, Cod. com. Les créanciers sociaux, unis aux créanciers personnels de l'associé, peuvent traiter un des associés plus favorablement que la société.

Or, la liquidation judiciaire a pour terminaison normale, terminaison vivement souhaitée par les rédacteurs de la loi du 4 mars 1889, la formation d'un concordat. Mais si ce contrat spécial ne peut être conclu entre le débiteur en état de liquidation judiciaire et ses créanciers, on a recours à la procédure indiquée par le Code de commerce pour la réalisation et la répartition de l'actif du débiteur (L. 4 mars 1889, art. 19-2°; Cod. com. art. 529, art. 541).

Donc, si, d'une part, un des associés peut obtenir un concordat en vertu de l'art. 531 Cod. com., et si d'autre part, la liquidation judiciaire a pour but de conduire à ce concordat, pourquoi refuser, en principe, à l'associé de lui laisser suivre cette nouvelle voie et d'avoir dès le début de la faillite une situation différente de celle de la société, comme il peut en avoir une lors de de la clôture? — La liquidation judiciaire est un bénéfice accordé au débiteur malheureux et de bonne foi. A l'exception des cas où une disposition légale s'oppose à l'octroi de ce bénéfice, le tribunal de commerce, saisi par un négociant d'une demande de liquidation judiciaire, a un pouvoir souverain pour l'accorder ou la repousser [1]. — De cette faveur essentiellement personnelle, un associé peut être jugé digne, alors que ni la société ni les autres associés ne sont en état de la mériter. C'est, par exemple, un associé qui, n'étant pas investi des fonctions de gérant, n'a pris aucune part à la direction des affaires sociales et auquel il est impossible d'imputer les fautes ou les imprudences,

[1] Voir *Revue critique*, année 1890, p. 692 et 693.

Digitized by Google

les spéculations hasardées, les actes qui ont amené la suspension de paiements. Ou bien encore, comme dans l'espèce sur laquelle a statué la Cour de Paris, c'est un associé qui n'a géré les affaires sociales que pendant un temps relativement court, quelques mois à peine avant la chute.

Si les dettes sociales grèvent à la fois le patrimoine propre de chaque associé en nom collectif et le patrimoine de la personne civile de la société, néanmoins les patrimoines personnels des associés sont distincts en fait et en droit de l'actif social. Le patrimoine personnel d'un associé peut très-bien être soumis au régime de la liquidation judiciaire alors que le régime de la faillite s'applique à l'actif social. Nul obstacle ne s'oppose à ce qu'un associé conserve l'administration de ses propres biens, sous la surveillance et avec l'assistance d'un curateur que la loi du 4 mars 1889 appelle *liquidateur*, alors que l'administration du patrimoine de la société est remis à un syndic. — La situation est semblable à celle que prévoit et réglemente l'art. 531. Cod. com. L'associé failli qui obtient un concordat reprend la direction et l'administration de son patrimoine propre, alors que les biens de la société sont placés sous le régime de l'union.

Le concours possible de la faillite et de la liquidation judiciaire, résultat de la pluralité des patrimoines atteints par la cessation de paiements, est parfaitement conciliable avec l'esprit général comme avec les textes formels de la loi 1838. Et alors de deux choses, l'une : ou bien, l'associé, qui a seul obtenu du tribunal le bénéfice de la liquidation judiciaire, se voit accorder, par les créanciers sociaux unis à ses créanciers personnels, un concordat et se trouve placé dans l'hypothèse prévue par l'art. 531, C. com.; ou bien, le concordat lui est refusé et la situation est réglée à son égard par l'art. 19-2° de la loi du 4 mars 1889.

La question inverse à celle que nous venons d'examiner peut être posée. *Un associé en nom collectif peut-il être déclaré en état de faillite, alors que la société est admise au bénéfice de la liquidation judiciaire ?*

Le concours de la faillite personnelle d'un associé en nom collectif avec la liquidation judiciaire de la société se justifie par les mêmes raisons que le concours de la liquidation judiciaire per-

Digitized by Google

sonnelle d'un associé avec la faillite de la société. Inutile de les reproduire. — Mais si nous n'oublions pas que nous examinons exclusivement le cas où l'état de cessation de paiements des associés n'est que la conséquence de l'état de cessation de paiements où s'est placée la société, que la situation faite aux associés n'a d'autre cause que la situation même de la société, nous reconnaîtrons que l'hypothèse se réalisera assez rarement dans la pratique. Il faudra, par exemple, que la société et tous les associés ayant été mis d'abord en état de liquidation judiciaire, un associé soit postérieurement déclaré en faillite, parce qu'il se trouve dans un des cas, où d'après l'art. 19 de la loi du 4 mars 1889, la liquidation judiciaire peut ou doit être convertie en faillite.

Mais la question pourra au contraire se poser assez fréquemment dans l'hypothèse où l'un ou plusieurs des associés font formellement un commerce distinct de celui de la société. Dans l'exploitation de ce commerce personnel, l'associé pourra avoir accompli des actes de nature à lui faire refuser le bénéfice de la liquidation judiciaire, alors que cette faveur sera octroyée à la société. — Des situations variées pourront alors se produire : 1° La société obtient un condordat, lorsqu'il n'en est point accordé à tel ou à tel des associés. 2° La société obtient un concordat et chacun des associés également. 3° Tout concordat est refusé à la société et il en est accordé à tel ou à tel des associés. 4° Ni la société, ni aucun des associés n'obtiennent de concordat. — Ces divers cas ont été déjà examinés et résolus par les auteurs qui ont commenté, par les arrêts qui ont eu à appliquer l'art. 531 du Code de commerce.

Le syndic d'une faillite a le pouvoir de voter au concordat de la faillite d'un débiteur du failli avec l'autorisation du juge-commissaire, alors même que la dette est garantie par une hypothèque. — Aix, 4 mars 1890, *Sirey* 1890. 2. 49 *et la note de M. Lyon-Caen.*

La question résolue par la Cour d'Aix offre une réelle importance. L'hypothèse d'un commerçant déclaré en faillite ayant parmi ses débiteurs un ou plusieurs autres commerçants également déclarés en faillite se réalise assez fréquemment dans la pratique. — L'exacte détermination des pouvoirs du syndic de la faillite d'un

Digitized by Google

créancier à l'égard des faillites des débiteurs ne saurait être indifférente au monde commercial et l'intérêt que présente cette détermination s'accroissait dans l'espèce soumise à la Cour d'Aix, à raison de la disposition insérée dans l'art. 508 du Code de commerce. D'après ce texte, le vote d'un créancier hypothécaire ou de son représentant au concordat du débiteur entraîne renonciation à l'hypothèque. Cette renonciation est définitive. Elle résulte du seul fait de la participation au concordat. Le droit hypothécaire est perdu, quand même le concordat serait par la suite annulé ou résolu.

Le vote, la participation au concordat a donc une gravité spéciale. Mais le résultat, l'extinction de l'hypothèque par renonciation implicite du créancier, ne peut se produire que si le créancier a la capacité, ou le représentant du créancier a le pouvoir de renoncer à l'hypothèque expressément et directement. La renonciation implicite et nécessaire que la loi fait résulter du vote au concordat exige, pour son efficacité, même capacité ou même pouvoir que la renonciation volontaire. Pour qu'une personne ait le pouvoir de voter à un concordat à raison d'une créance hypothécaire et puisse ainsi encourir la déchéance que comporte ce vote, cette personne doit avoir le pouvoir de renoncer à l'hypothèque. C'est d'évidence [1].

Les syndics de faillite ont-ils ce pouvoir? Peuvent-ils accomplir valablement la renonciation implicite que vise l'art. 508, C. com.? L'autorisation du juge-commissaire est-elle suffisante? Faut-il exiger en outre l'homologation du tribunal?

Comme le fait très-exactement remarquer notre savant collaborateur, M. Lyon-Caen, dans la note dont il a accompagné au Recueil de *Sirey* l'arrêt de la Cour d'Aix, la solution admise par la Cour suppose résolue préalablement dans le sens de l'affirmative la question suivante. Un syndic a-t-il le pouvoir, avec ou sans la seule autorisation du juge commissaire de voter au concordat de la faillite d'un débiteur du failli, au cas où la créance est chirographaire? Si l'autorisation du juge-commissaire ne suffit

[1] Lyon-Caen et Renault, *Précis, etc.*, t. II, n° 2890. — Demangeat sur Bravard, t. V, p. 374, *note*. — Boistel, *Précis de D. com.*, n° 1035. — Laurin, *Cours de D. com.*, 2e éd., n° 967.

Digitized by Google

pas dans ce cas, elle ne saurait suffire dans celui où la créance est hypothécaire.

En outre, l'une et l'autre question doivent être examinées dans deux hypothèses distinctes. Lorsque vient le moment de délibérer et de voter au concordat proposé par le débiteur failli d'un créancier, déclaré lui-même failli, la faillite de ce dernier est-elle placée sous le régime de *l'union*? ou est-elle encore dans la période antérieure? Les syndics sont-ils des syndics de l'union, nommés ou confirmés en vertu de l'art. 529, C. com., ou des syndics nommés par application de l'art. 462? Sont-ils des syndics ayant pour mission principale de transformer en argent le patrimoine du failli et de procéder à la répartition d'un dividende entre les créanciers? Ou, des syndics dont les fonctions ont pour objet l'administration, et la conservation de ce même patrimoine jusqu'à la tentative de la formation d'un concordat? — Si le pouvoir de voter au concordat d'un débiteur du failli, sans l'intervention du tribunal de commerce, est refusé aux syndics de l'union, *à fortiori* faudra-t-il le dénier aux autres. Il pourrait être concédé aux premiers et ne l'être pas aux seconds, ou accordé à ceux-ci pour d'autres motifs qu'aux premiers. Il y a lieu aussi de se demander si le commerçant, qui a obtenu le bénéfice de la liquidation judiciaire, a la capacité nécessaire pour voter au concordat de son débiteur.

Si le concordat ne contient pas autre chose que la concession de termes plus ou moins distancés et éloignés, accordés pour faciliter au débiteur failli l'acquittement intégral de ses obligations, si le concordat octroyé n'est qu'un simple contrat *d'atermoiement*, le doute ne nous paraît pas possible. Cet atermoiement, cette concession d'un terme n'est, à l'égard de la faillite du créancier, qu'un acte de pure, simple et bonne administration. Tout syndic, provisoire, définitif ou de l'union, pourra y concourir, même san l'autorisation expresse et spéciale du juge-commissaire. En pratique, en fait, le juge sera consulté par le syndic, aura donné son adhésion. — A pareil contrat d'atermoiement, le liquidé judiciaire pourra adhérer avec l'assistance du liquidateur. (L. 4 mars 1889, art. 6).

Mais si le concordat proposé par le débiteur failli contient for-

Digitized by Google

mellement, ou implique par la combinaison de ses diverses clauses, abandon d'une portion plus ou moins importante de chaque créance, la réponse ne peut plus être la même qu'au cas précédent. — Quel est alors le caractère juridique du vote donné par les créanciers acceptant le concordat proposé par leur débiteur en faillite? Dans quelle espèce générale de convention rentre ce contrat ?

Quelques auteurs et quelques arrêts ont voulu voir dans le concordat une transaction [1]. Si cette assimilation était exacte, la question posée trouverait sa solution dans les art. 487 et 535, C. com. Un syndic ne pourrait voter valablement au concordat du débiteur du failli qu'en demandant ensuite, le failli dûment appelé et selon les distinctions faites par l'art. 487, l'homologation de ce concordat au tribunal de la faillite du créancier.

Mais l'assimilation du concordat à une transaction est inadmissible. — La transaction est un contrat par lequel les parties, traitant sur un droit litigieux, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître, au moyen de concessions ou de sacrifices réciproques [2]. — Le concordat n'implique pas une contestation née ou à naître. Souvent un concordat intervient, alors que toutes les créances produites ont une existence et une valeur incontestées. — Le concordat n'offre pas la réciprocité de concessions qui est l'élément caractéristique de la transaction. Les créanciers renoncent bien à une partie de leur créance. Mais le failli ne fait de son côté aucune concession. Il n'abandonne rien, ne renonce à rien, ne sacrifie rien, ne transmet rien. Les motifs qui déterminent les créanciers à consentir le concordat peuvent être divers et variés : mais leur sacrifice n'a pas pour cause une concession de leur débiteur.

Juridiquement dissemblable, la transaction se différencie encore du concordat à un autre point de vue, celui des dangers qu'elle peut présenter. N'était-il pas à craindre que certains syndics, en faisant ou en laissant soulever des contestations imaginaires, n'en

[1] Cass. 18 juillet 1843, *Sir*. 1843. 1. 778. — Bordeaux, 18 avril 1878, *Sir*. 1880. 2. 140.

[2] Paul Pont, *Petits contrats*, t. II, n° 457. — Accarias, *Étude sur la transaction*, n° 175. — Bonfils, *Des transactions*, n° 167.

Digitized by Google

vinssent à avantager par des transactions quelques créanciers au détriment de la masse, en faisant subir à celle-ci des sacrifices sans cause et des pertes sans raison. De là les précautions prises par le législateur dans les art. 487 et 535, C. com. — Pareil danger n'est pas à redouter en matière de concordat. Ce contrat se forme au grand jour. Il exige pour sa validité l'assentiment d'un nombre de créanciers formant la majorité des créanciers vérifiés et représentant les deux tiers de la totalité des créances vérifiées et affirmées (L. 4 mars 1889, art. 15 et 20). — Ce concordat n'est définitif et obligatoire pour les créanciers que s'il est revêtu de l'homologation du tribunal et tout créancier a le droit d'y former opposition (C. com., art. 512). Les fraudes sont donc empêchées. L'intervention du tribunal du domicile du failli offre à tous les créanciers, à la masse du créancier failli comme aux autres, d'égales conditions de sécurité.

Nulle similitude donc entre la transaction et le concordat. — Ce contrat participe au contraire de la nature de la *remise de la dette*. Les créanciers renoncent à une partie de leurs créances. Ils en diminuent le *quantum*. Ils ne conservent leurs actions contre le débiteur qu'au prorata du dividende promis. Pour le surplus, plus de droit sanctionnateur ; le failli concordataire n'est plus tenu que d'une *obligation naturelle*. — Or, il est au Code de commerce une disposition légale qui vise certaines remises de dette ; c'est l'art. 570. Cet article exige pour les traités à forfait passés entre les syndics et les débiteurs du failli une délibération des créanciers de l'union et l'autorisation du tribunal de commerce, le failli dûment appelé. — N'est-ce pas un traité à forfait pour la masse de la faillite du créancier que le concordat à accorder à son débiteur failli ? Dans un cas comme dans l'autre, ne s'agit-il pas de consentir abandon d'une partie de la créance ? Que le débiteur du failli soit ou ne soit pas lui-même en état de faillite, l'intérêt pour les créanciers de l'union n'est-il pas le même ? C'est une créance faisant partie de l'actif de leur débiteur qu'il faut partiellement abandonner. Ne faut-il donc pas, dans les deux cas, recourir aux mêmes mesures protectrices et appliquer l'art. 570, Cod. com. ?

Nous ne le pensons pas cependant. Dans le cas de traité à for-

Digitized by Google

fait, le législateur exige à la fois le vote des créanciers de l'union, l'avis du failli et l'autorisation du tribunal, parce qu'il a voulu éviter la perpétration de fraudes analogues à celles qu'il redoutait en matière de transaction. Investi du pouvoir de faire seul un traité à forfait, un syndic eût pu, par collusion ou par faiblesse, favoriser un des débiteurs du failli et imposer à la masse une perte. Or, ce danger, nous l'avons dit, n'est pas à redouter en matière de concordat. La remise, consentie au débiteur failli, ne dépendra pas de la seule volonté du syndic de la faillite du créancier, mais du vote d'une double majorité dont la loi fixe avec précision la composition. Le vote du syndic pourra bien concourir à former cette majorité ; mais peut-être aussi le concordat sera-t-il voté en dehors de lui et malgré sa résistance. N'assista-t-il pas même à l'assemblée des créanciers, le concordat ne serait pas moins obligatoire pour le créancier failli et pour la masse que ce syndic représente.

S'il y a quelque analogie, il n'y a donc pas identité de situation entre un traité à forfait à consentir seul et un concordat à voter concurremment avec d'autres. Les mesures de précaution prises dans un cas ne sont ni nécessaires, ni utiles dans l'autre.

Nous n'appliquerons donc pas à notre hypothèse la disposition de l'art. 570, Cod. com. Nous avons écarté les art. 487 et 535. Que nous reste-t-il donc ? — Le principe général posé dans l'art. 534, Cod. com., en vertu duquel les syndics de l'union ont le pouvoir de faire, sous la surveillance du juge-commissaire, tous les actes de disposition pour lesquels la loi n'exige pas l'accomplissement de formalités spéciales. Par application de ce principe, nous dirons donc que les syndics de l'union peuvent, avec la seule autorisation du juge-commissaire, voter au concordat d'un débiteur du failli, au cas où la créance est chirographaire.

Mais les syndics ont-ils également ce pouvoir dans le cas où la créance est *hypothécaire* et où, en vertu de l'art. 508, le vote au concordat entraîne renonciation au droit réel et accessoire d'hypothèque ? — La réponse ne peut être demandée au Code de commerce. Il ne saurait nous la fournir. L'art. 572 ne peut être invoqué par analogie. Autre chose est vendre des immeubles avec le concours de toutes les formalités dont la loi entoure la vente

Digitized by Google

des biens des mineurs, autre chose renoncer, et renoncer gratuitement, à un droit réel immobilier.

C'est à la loi commune, au Code civil et à l'interprétation qu'ont reçue les art. 2157 et 2180 qu'il faut demander la solution de la question. Or étant donné le caractère accessoire de l'hypothèque, ne faut-il pas dire que la capacité de consentir une renonciation à un droit hypothécaire dépend exclusivement de la capacité de disposer du droit principal, de la créance garantie? « L'hypothèque est l'accessoire d'une créance : abandonner l'hy- « pothèque ou renoncer à l'inscription qui lui donne un rang, « c'est donc surtout compromettre la créance ; d'où nous devons « conclure que la capacité requise pour consentir la radiation, « c'est avant tout la capacité d'aliéner la créance [1] ». Qui peut tout anéantir, principal et accessoire, en renonçant à la créance, peut évidemment anéantir seulement et séparément l'accessoire, l'hypothèque, en conservant, intégralement ou partiellement, le principal, la créance. — Or, nous venons de reconnaître aux syndics de l'union le pouvoir de disposer de la créance, en consentant au concordat une remise de dette plus ou moins étendue et qui absorbe souvent près de la totalité du montant de cette créance.

La Cour d'Aix nous parait donc avoir bien jugé en reconnaissant aux syndics de l'union le pouvoir de voter au concordat d'un débiteur du failli, avec la seule autorisation du juge commissaire, alors même que la créance est hypothécaire.

Accorderons-nous le même pouvoir au syndic, alors que les créanciers ne sont pas encore en état d'union et que le mandat de ce syndic a principalement pour objet l'administration du patrimoine du failli, sa conservation en vue de l'éventualité d'un concordat possible? — Nous adoptons l'affirmative pour les motifs indiqués ci-dessus. L'art. 487 n'est pas applicable, parce que le concordat n'est pas une transaction. Et si, en principe les syndics définitifs ne peuvent pas consentir de traité à forfait, de remise de dette, nous croyons avoir établi que la remise de dette résultant du vote d'un concordat se produit dans des conditions particulières qui garantissent les intérêts de la masse de la

[1] Colmet de Santerre, *Cours analytique*, art. 2158, 138 *bis*. — Paul Pont, *Hypoth.*, nos 1078 et 1233. — Aubry et Rau, *Cours de D. civil*, §. 281

Digitized by Google

faillite du créancier. — Mais nous exigerons que le failli soit entendu, comme le veut l'art. 486 à propos de l'aliénation des meubles et des marchandises. Le juge commissaire ne pourra autoriser le syndic qu'après avoir appelé le failli, l'avoir mis à même de fournir ses observations. Cette créance, sur laquelle le syndic va consentir une remise plus ou moins considérable, fait partie de l'actif, donc la composition et la valeur permettront au failli d'obtenir peut-être un concordat de ses propres créanciers, d'être remis par eux à la tête de ses affaires. — Pourquoi serait-il autrement traité à l'égard de son actif mobilier incorporel, qu'il ne l'est à l'égard des biens meubles corporels? Appelé à donner son avis sur l'aliénation à titre onéreux des seconds, pourquoi ne le lui demanderait-on pas à l'égard de l'abandon gratuit d'une partie du premier?

Quant au commerçant qui a obtenu la faveur de la liquidation judiciaire, la question est résolue par l'art. 7 de la loi du 4 mars 1889. Le débiteur peut, après l'avis des contrôleurs, avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, accomplir tous actes de renonciation. Il peut donc prendre part au vote du concordat proposé par son débiteur en faillite ou en état de liquidation judiciaire et renoncer implicitement à son droit accessoire, si sa créance est accompagnée d'une hypothèque ou d'un privilège.

HENRY BONFILS.

DES FORMULES DE RÉDACTION DES LOIS CIVILES,

Par M. Gustave ROUSSET, conseiller à la Cour d'Aix [1].

I

La clarté est une des qualités de notre langue, la logique une des qualités de notre esprit national.

S'il est un domaine sur lequel ces deux qualités auraient dû se manifester avec éclat, c'est, sans contredit, celui de la législation ;

[1] Cette étude est le complément d'une longue série d'articles *sur la rédaction des lois*, que publia la *Revue critique* de 1856 à 1858 (tomes IX, X, XII, XIII). L'auteur y fait une application expérimentale du système et des formules par lui proposés pour la conception et la rédaction des *lois civiles*.

Digitized by Google

il s'en faut cependant que nos lois et nos codes soient des modèles de logique et de clarté... Faudrait-il croire alors que nos législateurs n'ont jamais bien su leur métier ou leur langue ?... Cela serait que nous ne le dirions pas ; quoi qu'il en soit, c'est peu probable.

C'est d'autant moins probable qu'ils ont très bien su trouver parfois des *formes parfaites* de rédaction, ce qui prouve qu'ils savaient leur métier et leur langue ; — qu'ils les ont appliquées, les unes systématiquement, les autres non, ce qui disculpe leur intention, et que les dispositions auxquelles ils les ont appliquées y ont gagné une incontestable clarté, ce qui était un signe.

Justifions ces assertions.

II.

Notre Code pénal passe pour être clair ; — or, quels sont les plus clairs de ses articles ? — Réponse unanime : ceux qui sont rédigés suivant ce tour particulier si connu :

Quiconque sera reconnu coupable de.....
sera puni de.....

C'est simple, c'est court, c'est net ; n'est-ce pas une véritable formule ?

Notre Code civil, moins systématiquement rédigé, est, dit-on, d'une intelligence plus difficile ; — il contient, néanmoins, un certain nombre de dispositions dont le sens n'a jamais donné lieu à de *sérieuses difficultés :* — ce sont celles qui se trouvent pareillement rédigées suivant *un tour particulier* donnant aussi la sensation d'une formule. — *Un tour particulier !* — On peut ne pas l'avoir remarqué ; — citons alors ces dispositions et citons les toutes, la preuve ressortira mieux de l'ensemble ; cet ensemble d'ailleurs ne figure nulle part, — il est instructif, on nous excusera de le produire et le voici :

III.

Art. 6.— *On ne peut,* par conventions, *déroger* aux lois d'ordre public.

Art. 20.— Ceux qui recouvreront la qualité de Français *ne*

Digitized by Google

pourront s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions des art. 10, 18, 19 et pour l'exercice seulement des droits ouverts à leur profit depuis.

Art. 21, § 2. — Le Français qui perd la qualité de Français *ne peut la recouvrer* qu'en remplissant les conditions imposées à l'Étranger pour devenir Français.

Art. 121. —... Les héritiers présomptifs de l'absent qui a laissé une procuration *ne pourront poursuivre* la déclaration d'absence qu'après 10 ans depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles.

Art. 128. — Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent *ne pourront* ni les *aliéner*, ni les *hypothéquer*.

Art. 134. — Après la déclaration d'absence, tous ceux qui auront des droits à exercer contre l'absent *ne pourront* les *poursuivre* que contre les envoyés en possession de ses biens ou ceux qui en auront l'administration légale.

Art. 144. — L'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 15 ans révolus, *ne peuvent contracter* mariage.

Art. 147. —... *On ne peut contracter* un deuxième mariage avant la dissolution du premier.

Art. 148. — Le fils avant 25 ans et la fille avant 21 *ne peuvent contracter* mariage sans le consentement de leurs père et mère.

Art. 159. — L'enfant naturel non reconnu, ou qui, reconnu, n'a plus ni père, ni père, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, *ne pourra*, avant 21 ans, *se marier* sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*.

Art. 160. — Les fils ou filles mineurs de 21 ans, n'ayant ni père, ni mère, ni ascendant pouvant manifester leur volonté, *ne peuvent contracter* mariage sans le consentement du conseil de famille.

Art. 174. — A défaut d'ascendants, les frères ou sœurs (ou autres collatéraux) majeurs *ne peuvent former opposition* au mariage de leurs frères ou sœurs (ou autres collatéraux), que dans les deux cas suivants :

1° Lorsque le consentement du conseil de famille de l'art. 160 n'est pas obtenu.

2° En cas de démence...

Art. 175. — Dans le cas de l'art. 174, le tuteur ou curateur

Digitized by Google

ne pourra former opposition au mariage de son pupille qu'autant qu'il aura été autorisé par le conseil de famille.

Art. 186. — Le père, la mère, les ascendants... qui ont consenti au mariage dans le cas de l'art. 185 (avant l'âge), ne *peuvent* en *demander* la nullité.

Art. 194. — *Nul ne peut réclamer* le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente l'acte de sa célébration...

Art. 196. — Lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration est représenté, les époux ne *peuvent demander* la nullité de cet acte.

Art. 215. — La femme *ne peut ester en jugement* sans autorisation du mari.

Art. 217. — La femme... *ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir* sans le concours du mari à l'acte ou sans son consentement par écrit.

Art. 221. — La femme, dont le mari a été condamné criminellement *ne peut,* pendant la durée de la peine, *ester en jugement,* ni contracter qu'après s'être fait autoriser par justice.

Art. 228. — La femme ne *peut requérir* la célébration d'un nouveau mariage qu'après 10 mois écoulés depuis la dissolution du précédent.

Art. 295. — Les époux divorcés *ne peuvent se remarier* ensemble.

Art. 313. — Le mari ne *peut désavouer* l'enfant en alléguant son impuissance... — Il ne *pourra le désavouer,* même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée.

Art. 322. — *Nul ne peut réclamer* un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre.

— *Nul ne peut contester* l'état de celui qui a une possession conforme à ce titre.

Art. 328. — L'enfant naturel reconnu *ne peut réclamer* les droits d'enfant légitime.

Art. 344, § 2. — Hors le cas de l'art. 366, *nul époux ne peut adopter* qu'avec le consentement de l'autre conjoint.

Art. 362. — Un époux *ne peut devenir* tuteur officieux sans le consentement de son conjoint.

Digitized by Google

Art. 399. — La mère remariée, non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage, *ne peut* leur *choisir* un tuteur.

Art. 426. — Le tuteur *ne peut provoquer* la destitution du subrogé-tuteur.

Art. 450. — Le tuteur *ne peut* ni *acheter* les biens du mineur, ni les *prendre à ferme*, ni *accepter* la cession d'aucun droit ou créance contre lui.

Art. 457. — Le tuteur *ne peut emprunter* pour le mineur, ni *aliéner*, ou *hypothéquer* ses immeubles sans autorisation du conseil de famille.

Art. 461. — Le tuteur *ne peut accepter* ni *répudier* une succession échue au mineur sans autorisation du conseil de famille.

Art. 464. — Le tuteur *ne peut introduire* en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, ni y *acquiescer* sans autorisation du conseil de famille.

Art. 467. — Le tuteur *ne peut transiger* au nom du mineur qu'après y avoir été autorisé par le conseil de famille et de l'avis de trois jurisconsultes.

Art. 482. — Le mineur émancipé *ne peut intenter* une action immobilière ni y *défendre*, même *recevoir* et *donner décharge* d'un capital mobilier sans l'assistance de son curateur.

Art. 483. — Le mineur émancipé *ne peut emprunter* sans une délibération du conseil de famille, homologuée...

Art. 484. — Il ne *pourra* non plus *vendre*, ni *aliéner* ses immeubles ni *faire aucun acte autres que ceux de pure administration* sans y être autorisé par le conseil de famille..., etc.

Art. 495. — Ceux qui auront provoqué l'interdiction *ne pourront faire partie* du conseil de famille qui aura à donner son avis...

Art. 599 § 2. — L'usufruitier *ne peut*, à la cessation de l'usufruit, *réclamer* aucune indemnité pour les améliorations qu'il aura faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée.

Art. 600. — L'usufruitier *ne peut entrer en jouissance* qu'après avoir fait dresser inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit.

Art. 626. — On ne *peut jouir des droits* d'usage et d'habita-

Digitized by Google

tion sans donner caution et sans faire des états et inventaires.

Art. 631. — L'usager *ne peut* ni *louer* ni *céder* son droit.

Art. 678. — *On ne peut acquérir* des vues droites... sur l'héritage voisin s'il n'y a 1 m. 90 entre le mur où on les pratique et ledit héritage.

Art. 744. — On *ne peut représenter* les personnes vivantes.

Art. 783. — Le majeur *ne peut attaquer* l'acceptation qu'il a faite d'une succession que dans le cas où elle a été le résultat d'un dol pratiqué envers lui.

Il ne peut réclamer pour cause de lésion, excepté dans le cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation.

Art. 791. — *On ne peut*, même par contrat de mariage, *renoncer à la succession* d'une personne vivante, ni aliéner ses droits éventuels à cette succession.

Art. 805. — L'héritier bénéficiaire *ne peut vendre* les meubles de la succession que par le ministère d'un officier public, aux enchères, après affiches et publications...

Art. 806. — *Il ne peut vendre* les immeubles que dans les formes du C. de procédure.

Art. 808. — S'il y a des créanciers opposants, l'héritier bénéficiaire *ne peut payer* que dans l'ordre et la manière réglés par le juge.

Art. 828 § 2. — Les cohéritiers de la femme *ne peuvent provoquer* le partage de la succession qu'en mettant en cause le mari et la femme.

Art. 893. — *On ne peut disposer* de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament, dans les formes ci-après.

Art. 903. — Le mineur de 16 ans *ne peut aucunement disposer*, sauf ce qui est réglé aux art. 1091-1100.

Art. 904. — Le mineur de 16 ans *ne pourra disposer* que par testament et jusqu'à concurrence de la moitié seulement des biens dont il est permis aux majeurs de disposer.

Art. 905. — La femme mariée *ne peut donner* entre-vifs sans le consentement de son mari ou sans y être autorisée par justice.

Digitized by Google

Art. 907. — Le mineur, après 16 ans, *ne pourra*, même par testament, *disposer* au profit de son tuteur.

Le mineur devenu majeur *ne pourra disposer*, soit par donation, soit par testament au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de tutelle n'a pas été déjà rendu et apuré.

Art. 908. — Les enfants naturels ne *pourront*, par donation ou testament, *rien recevoir* au delà de ce qui leur est accordé par les art. 757 et suivants.

Art. 909. — Les médecins, officiers de santé et pharmaciens ayant traité une personne pendant la maladie dont elle est morte *ne pourront profiter* des dispositions par elle faites en leur faveur au cours de cette maladie... sont exceptées...

Art. 912. — *On ne peut disposer* au profit d'un étranger que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un français. (Cet article a été abrogé en 1819).

Art. 934. — La femme mariée *ne peut accepter* une donation sans le consentement du mari, ou, en cas de refus, sans autorisation de justice.

Art. 978. — Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire *ne pourront faire des dispositions* en la forme des testaments mystiques.

Art. 1014, § 2. — Le légataire particulier *ne pourra se mettre en possession* de la chose léguée, ni en prétendre les fruits que du jour de sa demande en délivrance...

Art. 1029. — La femme mariée *ne peut accepter* une exécution testamentaire sans le consentement de son mari.

Art. 1030. — Le mineur *ne peut être exécuteur* testamentaire.

Art. 1054. — Les femmes grevées de substitution *ne pourront avoir*, sur les biens à rendre, *de recours subsidiaire* en cas d'insuffisance des biens libres que pour le capital des deniers dotaux et au cas où le testateur l'a ordonné.

Art. 1072. — Les donataires, légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, non plus que leurs donataires, légataires ou héritiers, *ne pourront opposer* aux appelés le défaut de transcription.

Art. 1095. — Le mineur *ne peut*, par contrat de mariage, *donner* à l'autre époux... qu'avec le consentement et l'assistance

Digitized by Google

de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage.

Art. 1097. — Les époux *ne pourront*, pendant le mariage, *se faire...* aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte.

Art. 1098. — L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un subséquent mariage, *ne pourra donner* à son nouveau conjoint qu'une part d'enfant légitime le moins prenant et sans que dans aucun cas ces donations puissent excéder le quart des biens.

Art. 1099. — Les époux *ne pourront se donner* indirectement au delà de ce qui leur est permis ci-dessus.

Art. 1119. — *On ne peut*, en général, *s'engager*, ni *stipuler* en son propre nom que pour soi-même.

Art. 1125. — Les incapables *ne peuvent attaquer* leurs engagements pour cause d'incapacité que dans les cas prévus par la loi.

Les capables *ne peuvent opposer* l'incapacité des incapables avec lesquels ils ont contracté.

Art. 1130, § 2. — *On ne peut renoncer* à une succession non ouverte ni *stipuler* sur une pareille succession même avec le consentement du *de cujus*.

Art. 1188. — Le débiteur *ne peut réclamer* le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par son contrat à son créancier.

Art. 1208, § 2. — Le codébiteur solidaire *ne peut opposer* les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns de ses codébiteurs.

Art. 1214. — Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, *ne peut répéter* contre les autres que les parts de chacun d'eux.

Art. 1224, § 2. — Chaque héritier du créancier d'une obligation indivisible *ne peut seul faire la remise* de la totalité de la dette ; — *Il ne peut seul recevoir le prix* au lieu de la chose ; — si l'un des héritiers a seul remis la dette ou le prix de la chose, son cohéritier *ne peut demander* la chose indivisible qu'en tenant compte de la part du cohéritier qui a fait la remise ou reçu le prix.

Digitized by Google

Art. 1254. — Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou arrérages *ne peut* point, sans le consentement du créancier, *imputer le payement* qu'il a fait sur le capital par préférence aux intérêts ou aux arrérages.

Art. 1255. — Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté de son créancier une quittance imputant sur une de ses dettes spécialement ce qu'il a reçu, le débiteur *ne peut plus demander l'imputation* sur une dette différente, à moins qu'il n'y ait eu dol ou surprise de la part du créancier.

Art. 1262. — Le débiteur qui a obtenu lui-même un jugement passé en force de chose jugée déclarant ses offres et sa consignation bonnes et valables, *ne peut plus retirer sa consignation* au préjudice de ses codébiteurs ou de ses cautions même du consentement du créancier.

Art. 1263. — Le créancier qui a consenti que le débiteur retirât sa consignation dans le cas de l'article précédent *ne peut plus*, pour le payement de sa créance, *exercer les privilèges et hypothèques* y attachés.

Art. 1270. — Les créanciers *ne peuvent refuser* la cession judiciaire, si ce n'est dans les cas exceptés par les lois.

Art. 1294, § 2. — Le débiteur principal *ne peut opposer* la compensation de ce que le créancier doit à la caution; — le débiteur solidaire *ne peut* pareillement *opposer la compensation* de ce que le créancier doit à son codébiteur.

Art. 1295. — Le débiteur qui a accepté la cession qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers *ne peut plus opposer* au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.

Art. 1299. — Celui qui a payé une dette éteinte de droit par la compensation *ne peut* plus, en exerçant la créance dont il n'a point opposé la compensation, *se prévaloir*, au préjudice des tiers, des privilèges et hypothèques y attachés, à moins qu'il n'ait eu une juste cause d'ignorer la créance qui compensait sa dette.

Art. 1339. — Le donateur *ne peut réparer*, par aucun acte confirmatif, les vices d'une donation nulle pour vices de forme.

Art. 1364. — La partie qui a déféré le serment *ne peut plus*

Digitized by Google

se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré être prêt à faire ce serment.

Art. 1388. — Les époux *ne peuvent* (par leur contrat) *déroger aux droits de la puissance maritale*... ni aux dispositions prohibitives du présent Code.

Art. 1389. — *Ils ne peuvent faire aucune convention* ou *renonciation* dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions.

Art. 1390. — Les époux *ne peuvent stipuler*, d'une manière générale, que leur association sera régie par l'une des coutumes ou statuts abrogés par le Code.

Art. 1410, § 2. — Le créancier de la femme, en vertu d'un acte n'ayant pas date certaine avant le mariage, *ne peut en poursuivre* contre elle le payement que sur la nue-propriété de ses biens.

Le mari qui aurait payé pour sa femme une dette de cette nature *n'en peut demander* la récompense ni à sa femme, ni à ses héritiers.

Art. 1417. — Si la succession n'a été acceptée par la femme qu'avec l'autorisation de justice au refus du mari, et s'il y a eu inventaire, les créanciers de la succession *ne peuvent poursuivre* leur payement que sur les biens de la dite succession et en cas d'insuffisance sur la nue-propriété des autres biens personnels de la femme.

Art. 1422. — Le mari *ne peut disposer* à titre gratuit entre-vifs des immeubles de la communauté, ni de l'universalité, ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs.

Art. 1427. — La femme *ne peut s'obliger*, ni *engager* les biens de la communauté... en cas d'absence de son mari, qu'avec autorisation de justice.

Art. 1428, § 3. — Le mari *ne peut aliéner* les immeubles personnels de sa femme sans son consentement.

Art. 1446. — Les créanciers personnels de la femme *ne peuvent*, sans son consentement, *demander* sa séparation de biens.

Art. 1449. — La femme séparée de corps ou de biens *ne peut*

Digitized by Google

aliéner ses immeubles sans autorisation de son mari et à son refus par justice.

Art. 1454. — La femme qui s'est immiscée dans les biens de la communauté *ne peut y renoncer.*

Art. 1455. — La femme majeure qui a pris dans un acte la qualité de commune *ne peut plus y renoncer* ni *se faire restituer* contre cette qualité, quand même elle l'aurait prise avant d'avoir fait inventaire, s'il n'y a eu dol de la part des héritiers du mari.

Art. 1472. — Le mari *ne peut exercer* ses reprises que sur les biens de la communauté.

Art. 1538. — En aucun cas... la femme *ne peut aliéner* ses immeubles sans le consentement de son mari ou à son refus sans autorisation de justice.

Art. 1576. — La femme *ne peut aliéner* ses biens paraphernaux, ni *ester en justice* à raison de ces biens sans y être autorisée par son mari ou par justice.-

Art. 1596. — *Ne peuvent se rendre adjudicataires...*

— Les tuteurs, des biens de leurs pupilles.

— Les mandataires, des biens qu'ils ont mandat de vendre.

— Les administrateurs, des biens confiés à leurs soins.

Art. 1597. — Les magistrats, les greffiers, huissiers, avoués, notaires, ne *peuvent devenir cessionnaires* des procès, droits et actions litigieux de la compétence du tribunal de leur ressort à peine de nullité et dommages-intérêts.

Art. 1600. — *On ne peut vendre* la succession d'une personne même de son consentement.

Art. 1668. — Si plusieurs ont vendu conjointement à réméré, et par un seul contrat, un héritage commun, chacun *ne peut exercer* l'action en réméré que pour la part qu'il y avait.

Art. 1669. — Il en est de même, si celui qui a vendu seul à réméré un héritage l'a laissé à plusieurs héritiers, — chacun de ces héritiers *ne peut user* de la faculté de rachat que pour sa part dans la succession.

Art. 1736. — Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties *ne pourra donner congé* à l'autre qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux.

Art. 1743. — Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur

Digitized by Google

ne peut expulser le fermier ou locataire ayant bail par acte authentique ou de date certaine, à moins que le bailleur ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail.

Art. 1751. — L'acquéreur à pacte de rachat *ne peut user* de la faculté d'expulser le preneur jusqu'à ce que, par l'expiration du délai fixé pour le réméré, il devienne propriétaire incommutable.

Art. 1761. — Le bailleur *ne peut résoudre* la location s'il n'y a convention contraire.

Art. 1763. — Celui qui cultive à partage de fruits avec le bailleur *ne peut, ni sous-louer, ni céder*, si la faculté ne lui en a été accordée par le bail.

Art. 1770, § 2. — Si le bail n'est que d'une année et que, par cas fortuit, une partie de la récolte soit perdue, le fermier *ne pourra prétendre* aucune remise, si la perte est moindre de moitié.

Art. 1771. — Le fermier *ne peut obtenir* de remise lorsque la perte des fruits arrive lorsqu'ils sont séparés de la terre, à moins que le bail ne donne au propriétaire une quotité de la récolte en nature.

Le fermier *ne peut* également *demander* une remise lorsque la cause du dommage était existante et connue à l'époque où le bail a été passé.

Art. 1780. — On ne *peut engager* ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée.

Art. 1793. — Celui qui s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment sur un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol *ne peut demander* aucune augmentation de prix... sous prétexte de... ou de... si les changements ou augmentation n'ont pas été autorisés par écrit et le prix convenu.

Art. 1811. — *On ne peut stipuler :*

— Que le preneur supportera la perte totale du cheptel quoique arrivée par cas fortuit et sans sa faute.

— Ou qu'il supportera dans la perte part plus grande que dans le profit.

— Ou que le bailleur prélèvera à la fin du bail quelque chose de plus que le cheptel qu'il a fourni.

Digitized by Google

Art. 1812. — Le preneur *ne peut disposer* d'aucune bête du troupeau sans le consentement du bailleur qui *ne peut* lui-même en disposer sans le consentement du preneur.

Art. 1826. — A la fin du bail, le fermier *ne peut retenir* le cheptel en en payant l'estimation originaire.

Art. 1828. — *On ne peut stipuler* que le colon partiaire sera tenu de la perte du troupeau.

Art. 1851, § 3. — Si la chose dont la jouissance a été mise en société est de celles qui se consomment par l'usage... et si elle a été estimée, l'associé *ne peut répéter* que le montant de l'estimation.

Art. 1860. — L'associé non administrateur *ne peut aliéner ni engager* les choses même mobilières dépendant de la société.

Art. 1861, *in fine*. — Chaque associé *ne peut*, sans le consentement de ses associés, *associer* une tierce personne à la société....

Art. 1862. — Dans les sociétés civiles... l'un des associés *ne peut obliger* ses co-associés, si ceux-ci ne lui en ont confié le pouvoir.

Art. 1879. — ... Si le prêt à usage a été fait à une personne et en considération de cette personne, ses héritiers *ne peuvent continuer* à jouir de la chose prêtée.

Art. 1885. — L'emprunteur *ne peut pas retenir* la chose prêtée à usage en compensation de ce que le prêteur lui doit.

Art. 1886. — Si pour user de la chose l'emprunteur fait quelque dépense, *il ne peut la répéter*.

Art. 1888. — Le prêteur *ne peut retirer* la chose prêtée qu'après le terme convenu ou à défaut de convention qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle avait été empruntée.

Art. 1894. — *On ne peut pas donner*, à titre de prêt de consommation, des choses qui, de même espèce, diffèrent dans l'individu, comme les animaux ; alors c'est un prêt à usage.

Art. 1899. — Le prêteur ne *peut redemander* la chose prêtée avant le terme convenu.

Art. 1906. — L'emprunteur qui a payé des intérêts non stipulés *ne peut ni les répéter*, ni les *imputer* sur le capital.

Art. 1938. — Le dépositaire *ne peut exiger* de celui qui a

Digitized by Google

fait le dépôt la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée.

Art. 1967. — Le perdant au jeu ou dans un pari *ne peut répéter* ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu dol, supercherie ou escroquerie de la part du gagnant.

Art. 1979. — Le constituant d'une rente viagère *ne peut se libérer* du payement de la rente en offrant de rembourser le capital et en renonçant à la répétition des arrérages.

Art. 1983. — Le propriétaire d'une rente *n'en peut demander* les arrérages qu'en justifiant de son existence ou de celle de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée.

Art. 1989. — Le mandataire *ne peut rien faire* au-delà de son mandat.

Art. 2015. — ... *On ne peut étendre* un cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

Art. 2027. — ... Si le créancier (cautionné) a divisé lui-même et volontairement son action, *il ne peut revenir* contre cette division.

Art. 2036, § 2. — ... La caution *ne peut opposer* les exceptions personnelles au débiteur principal.

Art. 2042. — La caution judiciaire *ne peut demander* la discussion du débiteur principal.

Art. 2043. — ... Celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire *ne peut demander* la discussion du débiteur principal et de la caution.

Art. 2045, § 2. — ... Le tuteur *ne peut transiger* pour le mineur ou l'interdit que conformément à l'art. 467; — *Il ne peut transiger* avec le mineur devenu majeur sur le compte de tutelle que conformément à l'art. 472.

Les communes et établissements publics *ne peuvent transiger* qu'avec l'autorisation du chef de l'Etat.

Art. 2078. — Le créancier gagiste *ne peut*, à défaut de payement, *disposer du gage*.

Art. 2082. — Le débiteur sur gage *ne peut*, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, *en réclamer* la restitution qu'après avoir payé, tant en principal, intérêt et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.

Digitized by Google

Art. 2083, § 2. — L'héritier du débiteur, qui a payé sa portion de la dette, *ne peut demander* la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée;

Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, *ne peut remettre* le gage au préjudice de ses cohéritiers non payés.

Art. 2087. — Le débiteur *ne peut*, avant l'entier payement de la dette, *réclamer* la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse.

Art. 2125. — Ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit suspendu par une condition ou résoluble dans certain cas, ou sujet à rescision, *ne peuvent consentir* sur cet immeuble qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

Art. 2209. — Le créancier *ne peut poursuivre* la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués qu'en cas d'insuffisance des hypothéqués.

Art. 2214. — Le cessionnaire d'un titre exécutoire *ne peut poursuivre* l'expropriation qu'après signification du transport au débiteur.

Art. 2220. — On *ne peut d'avance renoncer* à la prescription.

Art. 2222. — Qui *ne peut* aliéner *ne peut renoncer* à la prescription acquise.

Art. 2226. — *On ne peut prescrire* les choses qui ne sont pas dans le commerce.

Art. 2236. — Qui possède pour autrui *ne peut prescrire :* — Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire *ne peuvent la prescrire.*

Art. 2237. — Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres énumérés en l'art. 2236 ne *peuvent non plus la prescrire.*

Art. 2240. — *On ne peut prescrire* contre son titre, en ce sens que l'on ne peut se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession.

(*à suivre*) Gustave ROUSSET.

Digitized by Google

La loi du 26 mars 1891, sur l'atténuation et l'aggravation des peines,

Par M. Henri CAPITANT, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Sommaire Numéros

Introduction..... 1-5
I. Atténuation de la peine pour les condamnés primaires..... 6-23
1° Conditions d'application du sursis..... 16
2° Situation du condamné après la prononciation du sursis..... 18
3° Nature juridique du sursis..... 23
II. Aggravation en cas de récidive..... 24-36
1° Récidive de peine correctionnelle à peine correctionnelle..... 25
2° Récidive de peine criminelle à peine correctionnelle..... 31
Appendice — Jurisprudence..... 37-39

INTRODUCTION.

1. Les deux termes qu'emploie la rubrique de la loi du 26 mars 1891 étonnent d'abord par leur opposition et par l'antithèse qu'ils forment. Atténuation et aggravation des peines. C'est en effet la première fois que le législateur a cherché à réunir dans une même loi les deux procédés prônés depuis un certain nombre d'années pour combattre la récidive.

Nous voyons ici apparaître avec éclat la distinction si bien mise en lumière de nos jours entre le délinquant primaire, le malheureux qui en est à sa première faute et le délinquant d'habitude, le récidiviste. Atténuation de la peine dans une très large mesure pour le premier, qui n'est pas encore contaminé, aggravation pour le second, puisqu'il est incorrigible, ou, du moins, puisque l'affliction corporelle seule peut avoir action sur lui.

Ces deux idées avaient déjà inspiré dans ces dernières années le législateur : à la première, c'est-à-dire à l'idée d'indulgence, de correction douce, d'amendement moral du délinquant, nous devons la loi du 14 août 1885 sur la libération conditionnelle, le patronage et la réhabilitation. A la seconde, c'est-à-dire à l'idée qu'il faut sévir durement contre le délinquant de profession, l'hôte accoutumé des prisons, nous devons la loi du 5 juin 1875 sur la réforme des prisons départementales et la loi du 27 mai 1885 sur la relégation.

2. Ces trois essais successifs tentés contre la récidive n'ont produit jusqu'à ce jour que fort peu de résultats. La loi de

Digitized by Google

1875 sur la transformation des prisons départementales est restée une réforme sur le papier. Sur les 366 prisons départementales de France, comme l'a dit M. Bérenger au Sénat, nous n'avons encore que 20 prisons cellulaires, de sorte qu'il faudra 400 ans, si on suit toujours la même allure, pour arriver à une réfection totale.

Quant à la loi sur la relégation, elle n'a produit aucun effet. Mais il n'y a rien à conclure de là contre le système de la transportation en lui-même. D'abord, cette loi contient de nombreuses imperfections qui ont fait dire à M. Garraud : « Je ne connais « pas de loi plus mal faite que la loi sur les récidivistes, je n'en « connais pas qui tienne aussi peu compte des principes géné- « raux qui président dans tout pays civilisé, à l'exercice de la « justice pénale. » De plus, la relégation n'a été appliquée effectivement jusqu'au 1er janvier 1890 qu'à 3020 récidivistes ; or, la moyenne des récidives annuelles dépasse 78,000. Cela fait à peu près un relégué sur 100 récidivistes [1].

La loi sur la libération conditionnelle est appelée à produire des effets plus radicaux. Le dernier rapport de M. le Ministre de l'Intérieur constate que les premiers résultats obtenus sont très satisfaisants, « à quelque point de vue que l'on se place, dit-il, le champ apparaît libre pour l'extension du système inauguré. » 3776 personnes ont bénéficié de la libération conditionnelle depuis l'application de la loi jusqu'au 1er janvier 1890. Mais en cette matière les résultats vraiment sérieux, vraiment définitifs, ne pourront être acquis qu'au bout d'un certain temps et par un exercice prolongé.

[1] Voici comment s'exprime à ce sujet le compte rendu de l'administration de la justice criminelle en 1888 (*Journal Officiel* du 31 janvier 1891) : « En « présence de l'accroissement constant de la récidive, on est obligé de « reconnaître que la loi sur la relégation n'a pas encore produit les effets « qu'on pouvait en attendre ; peut-être ces effets seront-ils plus sensibles « après quelques années d'application. Quoi qu'il en soit, il semble qu'on « peut dès à présent affirmer que les lois répressives sont, à elles seules, « impuissantes à combattre efficament la récidive, et que pour être complète, « l'œuvre de moralisation sociale que poursuit le législateur doit com- « prendre indépendamment des dispositions qui punissent la récidive, des « mesures propres à la prévenir. »

Digitized by Google

3. La nécessité d'un remède plus énergique, plus puissant et par là même plus audacieux se faisait donc sentir. Le nombre des récidivistes augmente chaque année ; la dernière statistique publiée par le Ministère de la justice constate cet accroissement constant, comme du reste les statistiques antérieures. L'augmentation se produit en particulier pour les récidives des petits délits, qui représentent à elles seules les quatre cinquièmes de la criminalité. Voici en effet les chiffres que nous relevons dans la dernière statistique :

Récidivistes correctionnels ayant précédemment subi plus d'une année d'emprisonnement : 15,313.

Récidivistes ayant précédemment subi une peine d'emprisonnement d'un an ou de moins d'un an : 66,595.

Ainsi les libérés de courtes peines d'emprisonnement fournissent 77 p. 100 des condamnés récidivistes.

4. Il y a là une progression vraiment effrayante. Rien ne témoigne plus de l'impuissance et du vice d'une législation pénale que la récidive. « Si les récidives ne sont pas prévenues, si elles « vont en croissant, le système répressif est jugé; non seulement « il ne va pas à son but, il va contre son but; non seulement il « n'amende pas, il corrompt. La pierre de touche de la pénalité « est là. » (Ortolan, I p. 566).

Or, il y a dans notre système répressif deux vices que l'on signalait depuis longtemps. D'un côté, il abuse de l'emprisonnement, et pour les petits délinquants c'est un mal ; la prison, telle que nous l'appliquons, ne corrige pas, elle déprave. D'autre part, le système de la récidive du Code Pénal présente un défaut capital : Les articles 57 et 58 décidaient qu'en matière de délits, il n'y a récidive entraînant aggravation des peines pour le coupable que si la condamnation antérieurement prononcée est supérieure à un an d'emprisonnement. Il en résultait qu'un malfaiteur pouvait être condamné dix ou vingt fois, et même plus, tant qu'il n'avait pas été puni d'une peine d'emprisonnement de plus d'une année, il n'était pas un récidiviste au sens des art. 57 et 58 du Code Pénal.

5. Ce sont ces deux réformes que la loi du 26 mars 1891 a introduites dans notre système répressif. Elle permet de soustraire

Digitized by Google

à l'emprisonnement ceux qui en sont à leur première faute, qui se repentent et pour qui la prison apparaît comme un vrai supplice. Quant aux délinquants d'habitude, quant à ceux qui n'ont pas tenu compte du premier avertissement, elle les punit sévèrement, bien que la condamnation prononcée antérieurement contre eux soit inférieure à une année d'emprisonnement.

La loi Bérenger, car c'est ainsi qu'on la désigne déjà par un juste hommage à son éminent auteur, est donc une loi vraiment originale, elle innove franchement, hardiment. A la différence des lois précédentes, qui s'attachaient au mode d'exécution de la peine, la loi nouvelle s'attache à la peine elle-même qu'elle suspend ou qu'elle aggrave suivant qu'elle est en présence d'un délinquant par accident ou d'un délinquant par profession.

L'étude des dispositions de cette loi se trouve tout naturellement divisée en deux parties.

I. — Atténuation de la peine pour les condamnés primaires.

II. — Aggravation pour les récidivistes.

I.

ATTÉNUATION DE LA PEINE POUR LES CONDAMNÉS PRIMAIRES.

6. Il s'agissait d'épargner la honte et le danger de la prison aux délinquants « dont la faute n'est pas par sa nature exclusive de tout point d'honneur. »

La Commission avait ici le choix entre plusieurs systèmes mis en pratique dans divers pays. On proposait d'abord d'appliquer l'une de ces peines morales connues sous le nom d'admonition, de réprimande ou de loi du pardon, dont le caractère commun consiste en une absolution prononcée par le juge, après avoir reconnu la culpabilité de l'inculpé. Le système de la réprimande judiciaire remonte fort loin. Il était déjà usité en droit romain sous le nom de *severa interlocutio*, et dans notre ancien droit français sous le nom de blâme ou correction par la bouche du juge (Voir Merlin, Rép. v° *Blâme*). Il a été adopté par le nouveau Code pénal italien (art. 26 et 27) pour les infractions peu graves, et il est également pratiqué dans quelques autres pays, tels que le Portugal, la Russie, l'Allemagne, etc. La Com-

Digitized by Google

mission du Sénat l'a écarté, parce qu'elle a craint que cette simple mercuriale adressée par le juge à l'inculpé n'eût pas une efficacité suffisante et ne fût pas assez exemplaire.

On a de même rejeté la proposition présentée par MM. Michaux, Schœlcher, etc. consistant à remplacer, pour les peines inférieures à deux mois, les journées de prison par un nombre égal de journées de travail.

La Commission a adopté la théorie de la condamnation conditionnelle aujourd'hui si en faveur. Mais ici encore deux procédés se présentaient à elle : le premier, le système anglo-américain, né à Boston, est fort original. Dans ce système, la peine n'est pas prononcée. Un magistrat spécial nommé *probation officer*, ou fonctionnaire éprouveur, est chargé de visiter, d'étudier les individus arrêtés et de mesurer leur degré de moralité. Le *probation officer* peut, après cet examen, proposer au juge de laisser aller l'inculpé indemne pendant un temps d'épreuve fixé. Alors commence pour le magistrat éprouveur une véritable cure morale, l'obligation de surveiller le prévenu, de le retenir dans le droit chemin. Il est secondé dans cette délicate mission par les sociétés de patronage. Si malgré tout, l'inculpé succombe dans le délai, il revient alors devant la justice qui le punit sévèrement à la fois pour le fait ancien et pour le fait nouveau[1].

Ce système qui donne, paraît-il, des résultats bénis en Amérique, n'a pas obtenu faveur ; il présente un inconvénient. Le magistrat peut, quand l'inculpé reparaît devant lui, ne pas se souvenir de la peine qu'il voulait prononcer, ou bien ce n'est plus le même magistrat. D'autre part, les preuves de la première infraction peuvent être dispersées et les témoignages affaiblis.

7. La Commission a adopté le système proposé par M. Bérenger et qui est le système du sursis à l'exécution de la condamnation. Il est en usage en Belgique depuis la loi du 31 mai 1888 qui n'a fait que s'approprier les dispositions du projet déposé au Sénat français en 1884, et les résultats obtenus dans ce pays sont déjà très satisfaisants. Depuis l'application de la loi nouvelle, il a

[1] Voir *Bulletin de la Société générale des Prisons*, avril 1891, pages 386 et suivantes.

Digitized by Google

été prononcé en 19 mois, 14,000 condamnations conditionnelles pour lesquelles on n'a eu que 200 rechutes.

Dans ce système, le juge prononce la peine contre l'inculpé, mais il peut en même temps décider que l'exécution en sera suspendue pendant un certain délai.

« La peine sera prononcée, elle sera proportionnée à la gra-
« vité du délit, et la vindicte publique recevra à cet égard une
« satisfaction complète. Aucun jugement nouveau ne sera néces-
« saire s'il advient que la confiance du juge ait été trompée. La
« répression sera ainsi mieux assurée. » (Rapport de M. Bérenger au Sénat) [1].

8. Quoique moins large et moins audacieuse que le système anglo-américain, la théorie du sursis est cependant tellement nouvelle dans notre droit, qu'elle a rencontré de nombreuses objections, et des esprits sages ont laissé percer leurs inquiétudes au sujet de cette innovation qui leur paraissait d'une hardiesse dangereuse [2]. On a fait surtout deux objections : La peine, a-t-on

[1] On peut, établir une comparaison intéressante entre la grâce, la libération conditionnelle et le sursis.

Ces trois institutions marquent trois étapes successives au point de vue du développement scientifique du droit criminel.

Le premier moyen employé pour récompenser le condamné qui se conduit bien, c'est la grâce, qui fait cesser la peine, qui arrête son exécution. Ce premier procédé a un inconvénient : il est définitif, irrévocable, même si le condamné se conduit mal, même s'il est indigne de l'indulgence dont on a fait preuve envers lui.

Le deuxième moyen est la libération conditionnelle, supérieure au précédent en ce sens que l'époque à laquelle elle peut être obtenue est fixée et surtout que le libéré reste sous la main de l'administration qui peut le reprendre s'il abuse de sa liberté.

Enfin, troisième procédé, plus radical. On suspend l'exécution de la peine, et c'est le magistrat, et non plus l'administration, qui prononce cette suspension. Mais si le condamné se conduit mal, s'il rechûte, il perd tout le bénéfice de cette mesure de clémence, il faut qu'il exécute sa première condamnation.

[2] Les critiques ont été présentées parfois d'une façon assez humoristique. Le vieux proverbe, il n'y a que le premier pas qui coûte, disait-on au Sénat, devient un non sens, car le premier pas ne coûtera plus rien. « Avec la condamnation suspensive, prétendait M. Pols, président de la première section du Congrès de Saint-Pétersbourg, on n'aura plus que l'ombre d'un magistrat, appliquant l'ombre d'une peine à l'ombre d'un délinquant. »

Digitized by Google

dit, cessera de produire son effet salutaire, l'exemple ne sera plus suffisant.

D'autre part, on a prétendu que c'était donner au juge une mission peu compatible avec le caractère essentiel de sa fonction.

Nous ne voulons pas ici discuter la force de ces objections : M. Bérenger y a maintes fois répondu (voir en particulier *Bulletin de la Société générale des Prisons*, novembre 1890, p. 723). Du reste la loi est aujourd'hui entrée en application, et c'est à la statistique qu'il appartient de répondre, de justifier ou d'anéantir ces critiques.

9. Pour étudier les quatre premiers articles de la loi qui se rapportent au sursis, nous nous demanderons d'abord quelles sont les conditions exigées pour qu'un inculpé puisse en bénéficier ; quelle est la situation du condamné après que le sursis a été prononcé ; enfin nous chercherons à déterminer au point de vue juridique la nature de cette nouvelle peine.

1° *Conditions d'application du sursis.*

16. L'art. 1er de la loi indique deux conditions indispensables : 1° Il faut que la condamnation prononcée soit une condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende. 2° Il faut que le condamné n'ait pas subi de condamnation antérieure à la prison pour crime ou délit de droit commun.

11. En premier lieu, il faut que la condamnation prononcée soit une condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende. La disposition relative à l'amende ne se trouvait pas dans le projet de loi, et il semble que l'utilité ne s'en faisait pas vivement sentir. En effet, le but de la loi est de soustraire les condamnés à la flétrissure corporelle, comme M. Bérenger l'a fait remarquer au Sénat, et d'autre part, l'efficacité de la condamnation à l'amende paraît exiger son paiement immédiat. Néanmoins, la Chambre des députés a consacré cette extension qui avait déjà été proposée par M. Trarieux au Sénat. « Ce que je trouve vicieux et qui me blesse, disait M. Trarieux, c'est qu'à la faveur d'une suspension des effets du jugement, le condamné à l'emprisonnement arrive à une réhabilitation complète, et que cette réhabilitation soit refusée à celui qui en serait le plus digne,

Digitized by Google

par l'indulgence même avec laquelle il aurait été traité. »

Par l'expression, condamnation à l'emprisonnement, la loi se réfère à la peine correctionnelle édictée par l'art. 40, C. pénal. Le sursis ne s'applique donc pas aux peines plus fortes, à la réclusion, aux travaux forcés; il ne pouvait être ici question, en présence de la gravité du crime, de suspendre l'exécution de la peine.

Mais, du moment qu'il s'agit d'une condamnation à l'emprisonnement, le sursis peut toujours être prononcé, sans qu'il y ait à s'occuper du taux de la condamnation, qu'il s'agisse d'un emprisonnement de quelques jours ou de cinq années. Cette dernière disposition a donné lieu à des critiques et la commission a, paraît-il, beaucoup hésité. La loi belge, à la différence de la nôtre, limite la faculté du sursis aux condamnations qui ne dépassent pas six mois d'emprisonnement. Il est en effet certain que l'indulgence du juge doit surtout s'appliquer aux délits inférieurs, aux infractions peu graves. Or, comme le faisait remarquer M. le président Petit à la Société des Prisons : « Tous ceux qui ont « passé par les tribunaux correctionnels savent parfaitement que, « pour que ces tribunaux infligent même un mois de prison à un « délinquant primaire, il faut que ce délinquant ait commis un « délit relativement grave. » (*Bulletin* de novembre 1890, p. 741)[1].

Cependant, nous croyons que l'absence de limitation ne crée pas un véritable danger, car on peut affirmer, sans craindre de trop s'avancer, que les magistrats useront très rarement du sursis quand ils prononceront une peine importante, supérieure par exemple à un an d'emprisonnement.

12. Peu importe la juridiction qui prononce la peine de l'emprisonnement; le sursis peut toujours être accordé, non seulement par le tribunal correctionnel ou par la Cour d'appel jugeant correctionnellement, mais aussi par la Cour d'assises lorsqu'elle condamne l'accusé à un simple emprisonnement, que ce soit du reste parce que le jury a écarté les circonstances aggravantes qui

[1] Le Congrès de Saint-Pétersbourg a même poussé cette idée à l'excès, et il a décidé que le sursis ne devait être accordé que lorsqu'il s'agissait de contraventions.

Digitized by Google

donnaient à l'infraction le caractère de crime, ou parce qu'il a admis l'existence de circonstances atténuantes. Ce point ne peut faire aucun doute, les travaux préparatoires donnent des renseignements précis à ce sujet.

La loi nouvelle ne parle pas des tribunaux de simple police, mais il faut évidemment leur reconnaître le droit de prononcer le sursis à l'exécution. C'est surtout pour les petites infractions que cette mesure est utile, et il serait contradictoire qu'il en fût autrement.

13. La deuxième condition exigée par l'art. 1er, c'est que l'inculpé n'ait pas subi de condamnation antérieure à la prison pour crime ou délit de droit commun. L'individu déjà condamné n'est plus digne de l'indulgence de la loi. Il pourra obtenir, s'il se conduit bien pendant la durée de sa nouvelle peine, la libération conditionnelle, mais c'est tout. On ne peut pas faire plus pour lui.

Est-ce à dire que l'individu qui aurait obtenu un sursis et qui plus de cinq ans après sa première condamnation, commettrait une nouvelle infraction et serait condamné, ne pourrait plus voir suspendre l'exécution de cette deuxième peine? Nous ne le pensons pas; l'art. 1er parle d'un inculpé ayant déjà *subi* une condamnation, or l'individu qui, ayant bénéficié d'un sursis, n'a pas rechuté dans les cinq ans, n'a ni exécuté ni *subi* sa peine. De plus, nous verrons qu'au bout de cinq années, la condamnation suspendue disparaît définitivement et est effacée par une réhabilitation de plein droit. Du reste, il est peu probable que les magistrats soient portés à renouveler l'expérience du sursis en faveur d'un coupable qui a si mal profité de la leçon, et qui a eu soin de mettre précisément entre ses deux infractions le délai nécessaire pour éviter le premier châtiment prononcé contre lui.

14. Il va sans dire que toute condamnation antérieure a une peine plus forte que l'emprisonnement empêcherait de prononcer le sursis. Mais une condamnation à l'amende ne produirait pas le même effet, cela ne peut faire de doute en présence du texte de l'art. 1er. La loi belge est sur ce point moins large que la nôtre, elle exclut tous les individus condamnés antérieurement pour crimes ou délits, quelle qu'ait été la condamnation encourue par eux.

Digitized by Google

Pour que l'inculpé perde le droit au sursis, il faut en outre qu'il ait été antérieurement condamné pour *crime ou délit de droit commun*, et quoique cette expression n'ait pas été expliquée dans les travaux préparatoires, elle est suffisamment claire par elle-même. Cela exclut non-seulement les condamnations prononcées pour crimes ou délits politiques, mais aussi, quoi qu'on en ait dit[1], celles pour crimes et délits purement militaires. Qu'importe du reste, puisque le tribunal a toujours le droit d'accorder le sursis ou de le refuser? Il est probable qu'il n'usera pas de bienveillance envers un inculpé qui s'est rendu coupable auparavant d'un crime militaire présentant une certaine gravité.

15. Telles sont les deux conditions nécessaires pour que le sursis à l'exécution de la peine puisse être prononcé; mais dans ces limites, le pouvoir du juge reste souverain. Libre à lui d'accorder ou de refuser le sursis, comme il le juge à propos.

La loi impose au magistrat un rôle difficile, elle le charge d'examiner attentivement chaque individu, d'évaluer en quelques instants son degré de moralité, les chances de relèvement qu'il présente, de séparer le bon grain de l'ivraie. C'est là une mission aussi belle que délicate. Il est à craindre, en présence de l'encombrement des audiences correctionnelles, que les juges n'aient pas le temps nécessaire pour une appréciation aussi embarrassante et qu'ils n'usent pas assez du sursis, parce qu'ils ne pourront pas, avec le nombre d'inculpés qui défilent devant eux, se rendre compte si « la conduite antérieure, la situation morale et les marques de repentir du condamné offrent des garanties suffisantes. »

A ce point de vue, la supériorité du système anglais, dans lequel l'inculpé est soumis à un examen spécial, nous paraît incontestable.

16. Lorsque le juge prononce le sursis, il doit faire connaître au condamné les conséquences qu'une nouvelle faute, commise dans le délai de cinq ans, entraînerait pour lui. Il faut que celui-ci soit bien averti et qu'il sache que, dans ce cas, la première peine serait exécutée sans confusion avec la seconde et que les peines de la récidive seraient encourues (art. 3).

[1] Voir, M. Julien Brégeault, *Lois nouvelles*, 15 avril 1891, p. 320.

Digitized by Google

17. Le sursis prononcé par le juge ne suspend que l'exécution de la peine principale. Il en résulte d'abord que le condamné n'en reste pas moins tenu de payer les frais du procès et les dommages-intérêts qui ont pu être accordés à la partie civile. D'autre part, les peines accessoires et les incapacités qui accompagnent la condamnation principale s'appliquent immédiatement sauf à cesser plus tard, au cas où celle-ci disparaîtra (art. 2).

Cette disposition relative aux peines accessoires (privation de certains droits, affiches, etc.), et aux incapacités (inéligibilité, interdiction du droit de voter, etc.), a donné lieu à quelques difficultés. La commission avait d'abord admis que les peines accessoires et les incapacités devaient suivre le sort de la condamnation principale [1], mais on fit observer que ce serait dépasser le but proposé, et qu'il y aurait exagération à laisser un condamné à l'emprisonnement jouir de ses droits civils et politiques.

La condamnation est inscrite au casier judiciaire, mais il est fait mention de la suspension accordée.

2° *Situation du condamné après la prononciation du sursis.*

18. Art. 1er, § 2 et 3. « Si pendant le délai de cinq ans « à dater du jugement ou de l'arrêt, le condamné n'a encouru au- « cune poursuite suivie de condamnation à l'emprisonnement ou « à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun, « la condamnation sera comme non avenue.

« Dans le cas contraire, la première peine sera d'abord exé- « cutée, sans qu'elle puisse se confondre avec la seconde. »

La loi fixe donc la durée du sursis accordé. Ce système est nouveau, il diffère du système belge qui laisse au juge le soin de déterminer lui-même cette période d'épreuve. Nous préférons la solution de notre loi, elle a l'avantage d'éviter la diversité des urisprudences, l'arbitraire des solutions. Le délai de cinq ans peut paraître un peu exagéré lorsqu'il s'agit d'une simple condamnation à quelques jours d'emprisonnement ou à l'amende, mais il n'est pas mauvais, surtout dans les premières années d'ap-

[1] C'est le système suivi en Belgique. La loi belge ne contient aucune disposition spéciale sur ce point, mais la jurisprudence décide que la suspension s'applique aux peines accessoires et aux incapacités.

Digitized by Google

plication de la loi, que l'indulgence soit compensée par la longueur du délai d'épreuve imposé au condamné.

D'autre part, le chiffre de cinq ans pourra paraître un peu faible pour les condamnations à plusieurs années d'emprisonnement. Il aurait peut-être fallu viser spécialement ce cas, puisqu'on accordait au juge le droit de prononcer le sursis même en présence d'aussi fortes condamnations, et augmenter ici le délai en le portant à huit ou dix ans suivant la durée de l'emprisonnement.

19. *Point de départ du délai.* — Le délai de cinq ans commence à courir à dater du jugement ou de l'arrêt, c'est-à-dire à partir du moment où la condamnation est devenue définitive. Il nous semble qu'il n'y a pas lieu d'appliquer ici l'art. 24 du Code pénal qui en certains cas tient compte dans la durée de la peine de la détention préalable subie par le prévenu. Cet article suppose que la peine de l'emprisonnement est exécutée, et il n'y a pas de motif pour l'appliquer au cas où la peine est au contraire suspendue.

20. Pour que la condamnation prononcée disparaisse, il faut que le condamné n'encoure, pendant ce délai de cinq ans, aucune poursuite suivie de condamnation à l'emprisonnement ou à une peine plus grave pour crime ou délit de droit commun.

Ainsi, une nouvelle condamnation encourue pour une contravention n'entraînera pas déchéance du sursis accordé. Il en serait de même d'une simple condamnation à l'amende. De même enfin, une poursuite suivie d'une ordonnance de non lieu ou d'un acquittement ne suffirait pas pour priver le condamné du bénéfice de la suspension de la peine.

Enfin, la condamnation nouvelle ne révoque le sursis, qu'autant qu'elle a été prononcée pour crime ou délit *de droit commun*.

Sur tous ces points, la loi française est plus large que la loi belge; voici en effet comment s'exprime cette dernière : « La condamnation sera comme non avenue si, pendant le délai, le condamné n'encourt pas de condamnation nouvelle pour crime ou délit. »

21. Si le condamné encourt pendant le délai d'épreuve une condamnation à l'emprisonnement ou à une peine plus grave, la condition qui suspendait l'exécution de la première peine se réa-

Digitized by Google

lise. Cette peine doit donc être subie en totalité sans pouvoir se confondre avec la seconde.

De plus, relativement à la nouvelle condamnation, l'aggravation résultant de la récidive sera encourue dans les termes des art. 57 et 58 du Code Pénal, (art. 3).

22. Supposons maintenant que le délai de cinq ans s'est écoulé sans nouvelle infraction de la part du condamné. L'art. 1er nous dit que, dans ce cas, la condamnation sera comme non avenue. Il ne peut y avoir de doute sur le sens de ces mots qui ont été bien expliqués par le rapporteur au Sénat. « C'est une réhabilitation de plein droit. » La loi belge adopte le même système.

Les propositions de loi présentées d'abord au Sénat n'étaient pas aussi radicales, elles décidaient seulement que la condamnation antérieure serait purgée et que la réhabilitation pourrait être accordée. Nous regrettons que ce dernier système n'ait pas été conservé. La règle adoptée va trop loin, elle dépasse la mesure. En effet, si la condamnation est effacée définitivement par la réhabilitation, le condamné qui, après les cinq ans, commet une nouvelle infraction doit être considéré comme un délinquant primaire [1] et peut obtenir un nouveau sursis. Or, cet individu aura pu être assez habile pour ne pas tomber dans les mains de la justice pendant les cinq années qui ont suivi sa condamnation, et continuer cependant sa vie de débauche ou de vagabondage, fréquenter des gens sans aveu, vivre sans métier avouable. Il n'est pas rationnel de lui accorder sa réhabilitation de plein droit au bout de cinq ans, sans faire une enquête, sans rechercher s'il a mérité cette faveur par sa bonne conduite.

Quoi qu'il en soit, il résulte du système adopté par la loi, qu'au bout de cinq ans, la condamnation est effacée et le condamné n'a pas besoin de demander sa réhabilitation. Il n'a plus rien à se re-

[1] Cela importe au point de vue de la relégation. Ainsi, un individu condamné à six mois de prison en 1891, obtient un sursis. En 1897, il est condamné pour vol à plus de trois mois de prison, et en 1898 il encourt deux nouvelles condamnations à plus de trois mois de prison pour délits prévus par l'art. 4 de la loi du 27 mai 1885. Cet individu ne sera pas relégable, parce que la première condamnation prononcée contre lui, ne peut pas compter, puisqu'elle a été effacée par la réhabilitation de plein droit.

Digitized by Google

procher, la faute qu'il avait commise, la condamnation prononcée contre lui n'ont été qu'un mauvais rêve. Par conséquent, les peines accessoires à la condamnation principale et les incapacités disparaissent aussi. Le casier judiciaire de l'ex-condamné recouvre sa virginité, au moins pour le bulletin numéro deux, délivré aux particuliers, lequel portera la mention « néant ». Mais la constatation de la peine restera inscrite, comme en matière de réhabilitation ordinaire, sur le bulletin numéro un, qui n'est jamais communiqué (art. 4).

Il est inutile d'ajouter que cette réhabilitation de plein droit, ne pourrait pas se cumuler avec la réhabilitation ordinaire, « le temps d'épreuve de trois ans, exigé pour cette dernière, ne commençant à courir qu'à partir de la libération, le condamné conditionnel ne pourrait l'invoquer que si, renonçant au sursis, il exécutait réellement sa peine ». (Rapport de M. Bérenger).

3° *Nature juridique du sursis.*

23. On a déjà essayé de déterminer le caractère juridique de la décision prononcée par le tribunal qui accorde le sursis (voir Gautier, *à propos de la condamnation conditionnelle*, page 2, n. 1; Brégeault, *Lois Nouvelles*, 15 avril 1891, page 316). C'est une condamnation conditionnelle, a dit M. Humbert dans son discours au Sénat le 3 juin 1890, mais la condition est une condition résolutoire, en ce sens que si le délai de cinq ans s'écoule sans accroc, la condamnation disparaît. Ce point de vue manque d'exactitude; la condition résolutoire ne suspend pas l'exécution des obligations, et ici cependant, l'exécution n'a pas eu lieu.

En réalité, nous croyons qu'il y a là une condamnation pure et simple dont l'exécution est subordonnée à la réalisation d'une condition suspensive devant arriver dans un certain délai. Si dans ce délai, la condition se produit, l'exécution de la peine commence immédiatement; si au contraire les cinq années s'écoulent sans que la condition, c'est-à-dire la nouvelle infraction, se soit réalisée, l'exécution de la peine ne peut plus être exigée. En d'autres termes, le juge dit à l'inculpé : « Je te condamne à six mois de prison, par exemple, mais tu ne subiras cette peine que si, dans le délai de cinq ans, tu commets une nouvelle infraction. »

Digitized by Google

Il ne faut donc pas dire, comme on l'a fait, (voir *Lois Nouvelles* 15 avril 1891, p. 316), que nous sommes en présence « d'une disposition absolument nouvelle, sans précédent et sans assimilation possible, dont la nature juridique et la dénomination même restent à déterminer. » — Il n'y a ici que l'application des principes ordinaires en matière de condition suspensive.

Cependant l'analyse que nous venons de présenter est encore incomplète, car si on se contente d'appliquer les règles de la condition suspensive, il faut dire qu'au bout des cinq ans, la condamnation sera purgée mais qu'elle devra continuer à subsister, puisqu'elle a été prononcée purement et simplement. Nous avons vu que le législateur est allé plus loin, il a décidé qu'au bout des cinq ans la condamnation s'efface par l'effet d'une réhabilitation de plein droit. Mais ce deuxième effet ne modifie nullement la nature juridique de la décision qui prononce le sursis. Ce n'est qu'une faveur spéciale accordée au condamné.

En résumé, nous sommes ici en présence d'une condamnation pure et simple dont l'exécution est subordonnée à l'arrivée d'une condition suspensive devant se réaliser *intra certum tempus*. Si le délai se termine sans que la condition se soit produite, le condamné obtient sa réhabilitation de plein droit, par le seul effet de l'expiration du temps fixé.

II.

AGGRAVATION EN CAS DE RÉCIDIVE.

24. Sur ce point, le projet de loi a subi de nombreuses modifications, il s'est peu à peu restreint dans une mesure très regrettable et a perdu ainsi une partie de son originalité et malheureusement peut-être de son efficacité.

M. Bérenger s'était surtout proposé par ce deuxième moyen, de frapper la récidive en supprimant l'abus des courtes peines, que prononcent trop souvent les tribunaux correctionnels, et qui s'accumulent sur la tête du même individu sans produire aucun effet.

Pour remédier à cet inconvénient, le projet étendait d'abord la définition de la récidive correctionnelle donnée par les art. 57 et

Digitized by Google

58, C. P., et, d'autre part, il imposait au juge l'obligation de prononcer contre le récidiviste des condamnations successivement aggravées, sans pouvoir abaisser la peine en vertu de circonstances atténuantes. (Voir le premier projet de loi déposé par M. Bérenger, *Bulletin de la Société des Prisons*, avril 1890, p. 424).

Le Sénat considéra que cette rigueur dans les peines de la récidive était incompatible avec l'esprit du droit pénal moderne, et il admit un autre système qui laissait au juge plus de liberté. L'article 463 relatif aux circonstances atténuantes était ainsi modifié :

« S'il y a récidive de crime à délit dans les conditions prévues « par l'article 57, la peine ne pourra être inférieure à quatre « mois d'emprisonnement. — En cas de récidive de délit à délit « dans les termes de l'art. 58, si la peine précédente est de trois « mois ou inférieure à trois mois, la nouvelle condamnation ne « pourra être inférieure à celle précédemment prononcée. Si la « première peine est supérieure, la nouvelle peine ne pourra être « inférieure à trois mois. — Dans les cas prévus par les deux « paragraphes précédents, le minimum de la peine s'augmentera « d'un mois à chaque nouvelle récidive, sans toutefois pouvoir « dépasser le maximum de la peine simple encourue. »

La Chambre des députés a refusé d'adopter ces restrictions à l'art. 463. Il faut laisser aux magistrats, a-t-on dit, tout leur pouvoir d'appréciation, il serait contradictoire de leur enlever la faculté d'atténuer la peine en cas de récidive correctionnelle, selon les circonstances de la cause et les inspirations de leur conscience, après leur avoir reconnu le droit de suspendre l'exécution des condamnations qu'ils prononcent.

« L'empire, a dit M. Barthou à la tribune, était entré dans « la voie restrictive de l'article 463 par la loi du 13 mai 1863, et « bien que les dispositions de cette loi fussent beaucoup moins « rigoureuses que celles qui ont été adoptées par le Sénat, elles « furent combattues, et très ardemment à cette époque, par les « membres les plus autorisés de l'opposition libérale. — Le « gouvernement de la défense nationale se fit honneur en les « abrogeant et en rétablissant dans son intégrité l'article 463 relatif « à l'admission des circonstances atténuantes. »

Digitized by Google

Ces considérations politiques qu'on s'étonne de rencontrer en pareille matière, ont malheureusement déterminé la Chambre à rétablir l'art. 463 dans son intégrité. Le Sénat, désireux d'arriver à l'entente, a capitulé et ainsi la deuxième partie de notre loi, relative à l'aggravation des peines, s'est trouvée restreinte à la disposition suivante : modification de la définition de la récidive correctionnelle et extension de cette récidive aux délits punis de peines inférieures à un an d'emprisonnement.

Ces changements sont à notre avis très regrettables et nous déplorons les restrictions apportées au texte primitif. M. le rapporteur au Sénat n'a dû les admettre que la mort dans l'âme, et avec le secret espoir sans doute qu'on reviendrait un jour sur ces modifications.

Nous diviserons l'étude des nouveaux art. 57 et 58 en deux paragraphes :

1° Récidive de peine correctionnelle à peine correctionnelle (art. 58).

2° Récidive de peine criminelle à peine correctionnelle (art. 57).

1° *Récidive de peine correctionnelle à peine correctionnelle* (art. 58).

25. La peine est aggravée lorsqu'il y a récidive de délit à délit, quel que soit le chiffre de la première condamnation, même si elle est inférieure à une année d'emprisonnement.

La lacune du Code est ainsi comblée ; ainsi se trouve supprimée « cette sorte de champ réservé où le malfaiteur pouvait se donner libre carrière, sans s'exposer à l'aggravation légale de la récidive. » Cela était urgent, car, comme le disait le rapport de M. Bérenger, il était constaté que ce domaine privilégié représentait plus des neuf dixièmes de la criminalité.

La nécessité de cette réforme se faisait d'autant plus sentir, que la loi du 27 mai 1885 tient compte des petites condamnations pour la récidive spéciale qu'elle punit de la relégation. Il y avait donc là une anomalie qu'il importait de supprimer.

L'aggravation résultant de la petite récidive est ainsi indiquée par le nouvel art. 58 § 2 : « peine d'emprisonnement qui ne pourra être inférieure au double de celle précédemment pronon-

Digitized by Google

cée, sans toutefois qu'elle puisse dépasser le double du maximum de la peine encourue. »

26. Mais la loi nouvelle introduit dans la définition de la récidive deux conditions que le Code pénal ne connaissait pas.

Première condition : L'aggravation de la peine n'est encourue qu'autant qu'il s'agit de *récidive spéciale*, c'est-à-dire lorsque le coupable commet le même délit qu'il avait déjà commis auparavant. Le Code pénal, au contraire, avait adopté le système de la *récidive générale*, c'est-à-dire qu'il aggravait la peine même quand le coupable avait commis des infractions de nature différente.

Sur la supériorité de l'un ou de l'autre procédé, les criminalistes discutent depuis longtemps. Pour Ortolan, le système de la récidive spéciale « est l'enfance de la pénalité », l'autre, celui de la récidive générale, « arrive à mesure que la science se forme et que la vue du législateur s'élargit. » (Ortolan, I, p. 570 ; *Contra* Chauveau et Faustin-Hélie, I, p. 393).

L'expérience n'a pas donné raison à Ortolan. Le système de la récidive spéciale a prévalu dans la plupart des législations étrangères au moins pour les petites infractions peu graves. (Code pénal des Pays-Bas, art. 421 à 423 ; Code pénal italien, art. 80 et 84 ; Code grec, art. 111 ; voir Yvernès, *De la récidive et du système pénitentiaire en Europe*, p. 5 à 20).

Ce système présente en effet des avantages lorsqu'il est restreint dans ces limites étroites. Quand il s'agit d'infractions d'ordre inférieur, la perversité résulte surtout de la reproduction de la même faute. Du reste, la nouvelle loi a tempéré les inconvénients que pourrait avoir la spécialité, en assimilant entre eux certains délits qui présentent des liens d'analogie assez frappants.

D'une part, le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance sont considérés comme étant, au point de vue de la récidive, un même délit.

D'autre part, il en est de même des délits de vagabondage et de mendicité.

La Chambre des députés avait refusé d'abord d'admettre cette assimilation, qui lui paraissait inutile et injuste. « Quelle raison, « disait M. Barthou dans son rapport, d'appliquer, en ce qui

Digitized by Google

« concerne la récidive, la même règle à l'abus de confiance puni « de deux ans de prison au maximum, et au vol qui peut entraî- « ner une condamnation de trois à cinq ans ? Et ne peut-il pas, « dans certaines circonstances, y avoir une certaine injustice « confondre, dans l'extension d'une répression rigoureuse, la « mendicité et le vagabondage ? » Mais, sur les observations très justes de M. Bérenger (Sénat, séance du 19 mars 1891), ces dispositions furent rétablies.

Il est certain que l'énumération des délits assimilés est limitative et qu'aucune extension ne peut être faite [1]. Cependant il résulte des déclarations faites par M. Barthou à la Chambre, qu'il faut comprendre dans la première classe, vol, escroquerie et abus de confiance, les délits prévus par les articles 406 et 407 (abus des besoins, faiblesse ou passions du mineur; abus de blanc-seing).

La Cour de Paris a déjà fait une application de cette règle par arrêt du 16 avril 1891 (journal *Le Droit* du 7 mai 1891, voir à la fin de notre étude).

27. La *deuxième condition* exigée par l'article 58 est que le coupable ait commis de nouveau le même délit ou un des délits assimilés, dans un délai de cinq ans après l'expiration de la première peine ou sa prescription.

Cette deuxième condition, qui ne se rencontrait pas dans le projet primitif présenté par M. Bérenger, constitue aussi une innovation. D'après le Code pénal, les peines de la récidive étaient encourues sans qu'il y eût à tenir compte du temps écoulé entre la première condamnation et la nouvelle infraction.

Les criminalistes admettent assez généralement qu'il est utile d'établir ainsi un délai pour l'aggravation résultant de la récidive, surtout quand il s'agit d'infractions peu graves.

« Les éléments constitutifs de la récidive, aggravation de la « perversité et par suite du danger social, mépris et inefficacité « de l'avertissement reçu, ne se rencontrent véritablement que « dans la répétition à court terme des actes coupables. » (Rapport de M. Bérenger).

[1] La loi du 27 mai 1885 sur la relégation avait déjà assimilé plusieurs sortes de délits, au point de vue de la récidive spéciale qu'elle prévoit (art. 4).

Digitized by Google

La fixation d'un délai est surtout nécessaire quand on admet le principe de la récidive spéciale, car ici l'habitude, qui est la caractéristique de la récidive, suppose la reproduction de l'infraction dans un temps assez court.

Du reste on a constaté souvent que la récidive se produit surtout dans les premières années qui suivent l'exécution de la peine.

Beaucoup de législations étrangères n'aggravent la peine qu'autant que les infractions se sont succédé dans une période de temps déterminé (Code pénal allemand, Code pénal des Pays Bas, Code pénal belge, Code pénal italien art. 80, etc.).

Telles sont les règles de la *petite récidive* que la loi nouvelle a établie. Elles sont assez satisfaisantes et comblent une véritable lacune [1]. Malheureusement, il n'est pas possible d'en dire autant des modifications que la loi a apportées aux espèces de récidive prévues déjà par le Code pénal.

28. *Récidive correctionnelle au cas où la première condamnation est supérieure à un an d'emprisonnement.* — Cette récidive, que le Code pénal prévoyait, fait l'objet d'une disposition spéciale de la loi nouvelle, le paragraphe 1er de l'art. 58.

[1] Il reste toujours malgré ces retouches, des différences peu rationnelles entre le système de la loi sur la relégation et la nouvelle récidive du Code pénal. C'est ainsi qu'un individu pourra être récidiviste aux termes de la loi de 1885, et par conséquent relégable, sans être cependant récidiviste au sens des art. 57 et 58.

En effet, d'après la loi de 1885, la période d'épreuve pendant laquelle les condamnations doivent avoir été prononcées, est de dix ans au lieu de cinq. De plus, cette loi n'exige pas la reproduction du même délit, ou plutôt, la liste des délits qu'elle assimile est beaucoup plus large que celle du nouvel art. 58.

Par exemple, un individu condamné à la réclusion sort de prison en 1882, il est condamné de nouveau en 1888, c'est-à-dire plus de cinq ans après, à plus de trois mois pour vol et en 1889 à plus de trois mois de prison pour vagabondage (art. 277, 279, C. p.). Il est relégable, mais il n'est pas récidiviste au point de vue du Code pénal.

De même, pour l'individu qui aurait été condamné : 1° en 1880 à plus de 3 mois de prison pour vol, 2° en 1881 à plus de 3 mois de prison pour vagabondage prévu par les art. 277 et 279, et qui encourrait de nouveau les deux mêmes condamnations en 1887.

Digitized by Google

Tout d'abord, l'aggravation est différente de celle de la petite récidive, elle est restée la même que sous le Code pénal : maximum de la peine portée par la loi et cette peine peut être élevée jusqu'au double.

En outre, on a cru utile d'introduire ici les principes nouveaux que l'on venait d'appliquer à la petite récidive. Il en résulte que lorsque le premier délit a entraîné une condamnation supérieure à un an d'emprisonnement, la récidive n'entraîne aggravation que 1° Si le coupable commet de nouveau le même délit ou un délit assimilé, 2° S'il le commet dans le délai de cinq années après l'expiration de la peine ou sa prescription.

Il est très important de remarquer que la première condition, qui exige la reproduction du même délit, n'a été introduite dans la loi que par erreur. La Chambre des députés avait, sur la proposition de son rapporteur, supprimé cette condition et remplacé dans le premier alinéa de l'article 58 les mots « coupables *du même délit* ou d'un crime » par ceux-ci « coupables *d'un délit* ou d'un crime ». Quand la première peine est supérieure à une année d'emprisonnement, disait en substance le rapport de M. Barthou, la règle de l'identité d'infraction ne se justifie plus. La criminalité de l'individu est grave, et elle s'accentue par l'acomplissement d'une infraction nouvelle, quelle qu'en soit la nature. Lorsque le projet de loi revint devant le Sénat, M. Bérenger fit remarquer qu'une erreur matérielle s'était glissée dans le texte voté par la Chambre et qu'il fallait remplacer les mots « coupables d'un délit » par ceux-ci « coupables du même délit. » Cette prétendue rectification fut faite sans revenir sur le vote.

L'erreur venait donc en réalité du Sénat et non de la Chambre. Au retour du projet à la Chambre des députés, M. Barthou se contenta de signaler la modification apportée par le Sénat au paragraphe 1er de l'article 58 sans faire d'objection.

On ne peut que déplorer cette innovation qui s'est introduite subrepticement dans la loi. M. Barthou en avait, à notre avis, fort bien expliqué les dangers; la spécialité de la récidive ne se justifie pas en matière d'infractions graves. Du reste les résultats de ce système commencent déjà à se faire sentir, et nous en trouverons

Digitized by Google

la preuve dans un récent arrêt que vient de rendre la Cour de Paris. (Voir à la fin de notre étude).

29. Il résulte de cette correction qu'il faut maintenant distinguer, en matière de récidive prévue par l'article 58 § 1°, suivant que la deuxième condamnation à l'emprisonnement est prononcée pour délit ou au contraire pour crime. Dans ce second cas, en effet, il ne saurait être question de reproduction de la même infraction, puisqu'en réalité il y a récidive de délit à crime. La seule condition exigée dans ce cas pour qu'il y ait aggravation est donc que le condamné ait commis le crime dans le délai de cinq ans.

30. En résumé, l'ancienne récidive correctionnelle prévue par le Code pénal se trouve singulièrement restreinte, puisque sous le système du Code, elle était générale et n'admettait pas de délai.

Les conditions qui ont été introduites en cette matière sont sujettes à beaucoup de critiques. Le délai de cinq ans en particulier peut paraître beaucoup trop court lorsqu'il s'agit de graves infractions.

Quoi qu'il en soit, n'est-il pas étrange que la nouvelle loi qui était destinée à aggraver les peines de la récidive, les ait atténuées dans une mesure aussi considérable? — On peut craindre que les résultats pratiques ne soient pas satisfaisants. Déjà la Cour de Paris a dû constater par arrêt du 9 avril dernier qu'un individu qui avait subi 53 condamnations, et qui tombait sous le coup de l'ancien article 58, n'était plus un récidiviste au sens de la nouvelle loi. (Voir à la fin de notre étude).

2° *Récidive de peine criminelle à peine correctionnelle* (art. 57).

31. Deux modifications ont été apportées au texte de l'ancien article 57.

1° Il n'y a plus d'aggravation lorsque la seconde peine prononcée est une amende, il faut que ce soit l'emprisonnement.

2° Il faut que l'infraction punie de la peine de l'emprisonnement ait été commise dans un délai de cinq années après l'expiration de la première peine ou sa prescription. Ici encore ce délai de cinq ans peut être critiqué; dans certains cas il sera trop bref. On peut dire pour le défendre que la récidive se produit surtout dans les premières années qui suivent la libération.

Digitized by Google

Ici encore il faut constater que la loi nouvelle est beaucoup plus douce que le Code pénal pour la récidive de peine criminelle à peine correctionnelle.

32. Telles sont les principales modifications qui ont été apportées en matière de récidive. L'article 56 du Code pénal n'a pas été modifié, donc la récidive de peine criminelle à peine criminelle reste soumise aux anciennes règles, c'est-à-dire qu'elle est générale et non pas spéciale, et qu'elle entraîne aggravation, quel que soit le temps écoulé entre les deux crimes.

33. La nouvelle loi a supprimé dans les articles 57 et 58 les dispositions spéciales à la surveillance de la haute police, qui n'existe plus depuis la loi du 27 mai 1885.

Ces dispositions ont été remplacées dans l'art. 57 par le droit pour les tribunaux de prononcer contre les condamnés récidivistes l'interdiction de séjour pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.

En ce qui concerne l'art. 58, on s'est contenté de supprimer ce qui avait trait à la surveillance de la haute police, sans rien mettre à la place. Il en résulte que les tribunaux ne peuvent pas prononcer l'interdiction de séjour contre les récidivistes correctionnels. Mais il n'y a pas là grand danger, car ils pourront toujours la prononcer en vertu des articles spéciaux du Code pénal, pour la plupart des délits.

34. Le rapport de M. Bérenger ajoute que ce sont là les seules modifications qu'on ait voulu apporter aux articles 57 et 58. La commission n'a pas été d'avis de trancher les nombreuses et délicates questions que soulève l'application de ces articles dans la pratique. Cette étude l'eût conduite trop loin.

En particulier, il résulte de cette déclaration que le nouveau texte de nos articles laisse toujours subsister la célèbre controverse sur le point de savoir si ces articles doivent s'appliquer au cas où la seconde infraction est un crime puni de peines correctionnelles par suite de l'admission de circonstances atténuantes (Garraud, II, n° 162). Il est vrai que dans la nouvelle rédaction les mots « délit ou crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles », ont été remplacés par ceux-ci « délit ou crime qui devra être puni de la peine de l'emprisonnement »;

Digitized by Google

mais, quoi qu'on en ait dit (Voir, *lois nouvelles*, 15 avril 1891, p. 333), cette simple modification ne peut exercer aucune influence sur la solution de cette question.

35. Telles sont les dispositions de la nouvelle loi relatives à l'aggravation des peines au cas de récidive. On sait que la Chambre a refusé d'adopter le reste du projet qui avait pour but de modifier l'art. 463, C. pénal, et de restreindre le droit pour le juge d'abaisser la peine en cas de circonstances atténuantes.

36. *Art. 6 et 7 de la nouvelle loi.* — Art. 6. « La présente « loi est applicable aux colonies où le Code pénal métropolitain « a été déclaré exécutoire en vertu de la loi du 8 janvier 1877. « Des décrets statueront sur l'application qui pourra en être faite « aux autres colonies. » Un décret a été promulgué le 24 avril 1891 (Voir le journal *La Loi* du 4 mai).

Art. 7. « La présente loi n'est applicable aux condamnations « prononcées par les tribunaux militaires qu'en ce qui concerne « les modifications apportées par l'art. 5 ci-dessus, aux art. 57 « et 58, C. pénal. »

JURISPRUDENCE.

1° *Application du sursis.*

37. Les tribunaux ont déjà usé maintes fois du droit de suspendre l'exécution de la condamnation. Le lendemain même du jour où la loi a été promulguée, la 11e chambre du tribunal de Seine en faisait deux applications très intéressantes. Depuis, la 9e chambre a accordé le sursis à un individu qu'elle a condamné à six mois de prison pour avoir détourné des bijoux. (Audience du 14 avril 1891).

Le sursis a aussi été accordé au sujet d'une simple amende prononcée pour délit de pêche par le tribunal de Rouen. (Voir le journal *Le Droit*, 7 mai 1891).

Dans une des dernières applications, faite par la 8e chambre du tribunal de la Seine le 5 mai dernier, au sujet des manifestations du 1er mai, on peut découvrir une tendance très intéressante. Ceux des prévenus qui n'ont pas obtenu la suspension ont été frappés de peines allant de 4 à 6 jours de prison. Deux au

Digitized by Google

contraire ont bénéficié du sursis, mais le tribunal les a condamnés beaucoup plus rigoureusement, il a prononcé contre eux un emprisonnement d'un mois. Il serait à souhaiter que cette tendance se généralisât, car, ce peut être un frein salutaire pour le condamné qui s'observera d'autant plus qu'il sera menacé d'une peine plus forte[1].

2° *Récidive.*

38. En cette matière, la Cour de Paris a rendu trois arrêts qui présentent beaucoup d'intérêt.

Non rétroactivité de la loi. — La Chambre des appels correctionnels a décidé le 21 avril 1891 que le principe de la non rétroactivité ne permettait pas d'appliquer l'article 58 § 2° créant la petite récidive aux délits commis avant la promulgation de la loi. Dans l'espèce, il s'agissait d'un individu condamné pour vol le 5 juin 1889 à un mois de prison et qui avait commis un nouveau vol, le 21 février 1891.

Cette décision est conforme au principe qui veut que la loi pénale qui aggrave une peine n'ait aucun effet rétroatif.

Mais une question peut se poser. Faudrait-il encore donner la même solution pour le cas où le second délit seul aurait été commis après la promulgation de la nouvelle loi? En d'autres termes, pour que la loi nouvelle puisse s'appliquer, faut-il que les deux infractions, nécessaires pour créer la récidive, soient l'une et l'autre postérieures à cette loi? Ici le doute est permis, la solution affirmative retarde beaucoup l'application de la loi. Cependant elle semble s'imposer. Si, pour appliquer les peines de la petite récidive créée par cette loi, on tient compte d'une condamnation antérieure à sa promulgation, il est certain qu'on aggrave cette condamnation en lui faisant produire un effet qu'elle ne produisait pas au moment où elle a été encourue.

[1] M. Rollet, avocat à la Cour de Paris, a très bien montré que le succès de la nouvelle loi dépendait beaucoup des sociétés de patronage. Il faut que ces sociétés viennent offrir leur concours, à l'audience même, aux condamnés à qui le tribunal vient d'accorder le sursis de la peine. (Voir les observations présentées par lui, dans le *Bulletin de la Société des Prisons* avril 1891, p. 446).

Digitized by Google

Il n'y a pas à sortir de là. Il est vrai que c'est seulement la nouvelle condamnation qui entraîne l'aggravation de la peine, mais cela ne fait rien ; si la nouvelle condamnation est plus rigoureuse, c'est parce qu'elle a été précédée d'une autre, qui, au moment où elle a été prononcée, ne comptait pas pour la récidive.

Je crois du reste trouver un argument formel à l'appui de cette opinion dans l'art. 9 de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation. Cet article, prévoyant la question, a eu soin de déroger au principe de la non rétroactivité, et il a décidé que les condamnations encourues antérieurement à cette loi seraient comptées en vue de la relégation. (Voir rapport de M. de Verninac, S. 85, lois annotées, p. 831, n. 33).

Il est regrettable que la loi nouvelle ne contienne pas une disposition analogue à cet art. 9.

39. La chambre des appels correctionnels de la Cour de Paris a rendu deux arrêts relatifs aux nouvelles conditions d'application de la récidive, identité d'infractions et reproduction dans les cinq ans.

Dans le premier arrêt, rendu le 6 avril dernier (voir le journal *Le Droit* du 7 mai 1891), il s'agissait d'un individu poursuivi pour escroquerie. Cet individu avait déjà été condamné à 2 ans de prison pour vol en 1882, et à 13 mois de prison le 16 avril 1889 pour extorsion de sommes d'argent, par application de l'art. 400, C. pénal. Poursuivi pour escroquerie, le tribunal de la Seine l'avait condamné comme récidiviste à 13 mois de prison et 50 francs d'amende. La Cour a dû infirmer ce jugement, et décider que cet individu n'était plus un récidiviste aux termes du nouvel art. 58, parce qu'il n'avait pas été condamné deux fois pour le même délit dans le délai de cinq ans. On ne peut pas en effet assimiler le délit d'extorsion de sommes d'argent pour lequel il avait été condamné en 1889 au délit d'escroquerie pour lequel il était poursuivi.

Dans le deuxième arrêt, rendu la 9 avril dernier (voir le journal *Le Droit* du 10 avril), il s'agissait d'un individu ayant *subi cinquante-trois condamnations*, dont une à 15 mois de prison en 1874 et une autre à 2 ans en 1878, comportant un ensemble de 21 ans d'emprisonnement. Il était poursuivi pour vagabondage,

Digitized by Google

et n'avait pas été condamné pour ce délit depuis plus de cinq ans. Le tribunal lui avait appliqué les peines de la récidive. La Cour a justement infirmé son jugement, et décidé que cet individu n'était plus un récidiviste au sens de l'art. 58, puisqu'il n'avait pas encouru dans le délai de cinq ans deux condamnations pour le même délit.

Voilà donc les conséquences de la nouvelle loi; deux condamnés, dont l'un a fait dans sa vie plus de 3 ans de prison et l'autre 21 ans ne sont plus des récidivistes et ne tombent plus sous le coup du nouvel article 58.

De tels résultats se passent de commentaires; si cela continue, il faudra sans doute remédier au danger et remanier de nouveau les dispositions de la loi pénale relatives à la récidive.

HENRI CAPITANT.

BIBLIOGRAPHIE.

Etude sur la responsabilité civile des incapables et particulièrement de la femme dotale,

Par M. A. DESCHAMPS, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel [1].

Compte rendu par M. P. LOUIS-LUCAS,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

La nouvelle monographie de M. Deschamps ne présente pamoins d'intérêt que celle dont nous avons eu le plaisir de parler sur le *Rapport des dettes*, et les qualités qui la distinguent s'y rencontrent au même degré éminent. Dans ce travail fort remarquable, l'auteur recherche quelle peut être l'influence du dol et de la fraude, lorsqu'ils sont commis par des incapables, mineur, femmes mariées, interdits, personnes pourvues d'un conseil judiciaires, femmes soumises au régime dotal. Sujet délicat entre tous, qui n'avait, jusqu'ici, jamais fait l'objet d'un examen aussi approfondi. — Nul n'ignore que la doctrine et la jurisprudence s'accordent à admettre aujourd'hui que les incapables sont civilement responsables de leur dol et de leur faute en dehors des

[1] 1 vol. in-8, Paris.

Digitized by Google

contrats, qu'ils répondent, en un mot, de leurs délits et de leur quasi-délits civils ; mais on sait également qu'en ce qui concerne le dol et la fraude qu'ils commettent à l'occasion des contrats, les controverses sont nombreuses et ardentes. La tendance générale est cependant d'exonérer les incapables de leur dol et de leur faute en matière contractuelle. Quant à M. Deschamps, repoussant la distinction que l'on s'efforce d'établir entre la faute délictuelle et la faute contractuelle, il propose une solution unique : selon lui, tout dommage oblige à réparation celui qui l'a injustement causé, par cela seul qu'il y a dol ou faute de sa part; et il se refuse énergiquement à admettre que le dol et la faute puissent changer de nature, au point de vue de l'existence de la responsabilité, suivant que l'incapable s'en est rendu coupable entre cocontractants ou envers toutes autres personnes. Sans aller toutefois aussi loin que le projet de Code civil allemand, qui pose en principe que toute faute est un délit civil[1], M. Deschamps, bien qu'il admette la responsabilité des incapables dans le cas de dol et de faute commis à l'occasion des contrats, n'entend, toutefois, parler ici que de la faute et du dol actifs ou positifs, et non de la faute et du dol négatifs. — Telles sont, à grands traits, les lignes principales et les conclusions de l'auteur.

Quant au plan qui a présidé à leur conception et à leur élaboration, il offre ce précieux avantage de satisfaire pleinement l'esprit dans son ingénieuse et logique simplicité, et de permettre de suivre sans fatigue les développements, qui s'enchaînent dans un ordre rationnel et se déroulent harmonieusement. Une courte introduction a pour but de préciser l'objet de son étude; puis elle est suivie de deux parties, consacrées au dol et à la faute des incapables, soit en dehors des contrats, soit à l'occasion d'un contrat, et qui se trouvent chacune subdivisées en trois chapitres, dans lesquels le sagace auteur commence par exposer la théorie générale de la question, pour interroger ensuite le droit romain, qu'il analyse avec un soin scrupuleux, et passer de là au droit français, dont il ne néglige aucun détail important, qu'il envisage

[1] Voir, à cet égard, le beau livre de notre excellent collègue et ami, M. Raymond Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand;* Paris, 1890, in-8.

Digitized by Google

sous toutes ses faces les plus variées, et au sujet duquel il pénètre, au plus grand profit de tous, dans les discussions les plus intimes.

Nous nous trouvons, à vrai dire, ici en présence d'un travail de grande valeur et de grande portée, dont la lecture et la méditation s'imposent à tous les civilistes. Le nom de M. Deschamps doit, du reste, être pour eux une garantie et une attraction. Son beau traité du *Rapport des dettes* avait déjà témoigné de son rare mérite, que vient de consacrer à nouveau celui-ci. Aussi n'avons-nous éprouvé aucune surprise, lorsque nous avons appris les résultats du dernier concours d'agrégation, où M. Deschamps a si brillamment combattu et a remporté, de haute lutte, une éclatante victoire. Il ne nous reste plus qu'à remercier le sort d'avoir si heureusement enrichi nos Facultés de droit d'un aussi savant collègue. P. LOUIS-LUCAS.

Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique,

Par M. Théodore Tissier, docteur en droit,
Auditeur au Conseil d'État [1].

Compte rendu par M. Ferdinand Jeanmaire, avocat à la Cour d'appel de Paris.

On peut s'étonner que le sujet, traité d'une manière si complète et si approfondie par M. Théodore Tissier, n'ait tenté jusqu'ici la plume d'aucun écrivain et que l'ouvrage, dont nous avons à rendre compte, soit le premier sur une matière aussi importante que celle des dons et legs en faveur des personnes morales. Ce n'est toujours pas le défaut d'intérêt pratique, qui explique cette abstention des jurisconsultes; notre auteur nous fournit à cet égard quelques renseignements statistiques, pleins d'éloquence. En 1882, le montant des libéralités faites aux établissements publics, aux communes et aux départements, était de 23.069.219 fr.; il s'est élevé, en 1883, à 24.214.449 fr., en 1884, à 23.342.675 fr., et en 1885 à 26.102.971 fr. Ces chiffres, empruntés à l'*Annuaire statistique de la France*, publié en 1888

[1] 1 vol. in-8, Paris, 1890.

Digitized by Google

par le service de la statistique générale, qui ressortit au Ministère du commerce et de l'industrie, sont bien au-dessous de la réalité et cependant ils nous donnent déjà une haute idée de la libéralité publique; ne serait-ce que pour sa grande productivité, celle-ci nous paraît donc mériter une étude sérieuse.

Si néanmoins une monographie des dons et legs s'est fait si longtemps attendre, il faut en chercher la raison, croyons-nous, dans ce mouvement général des esprits qui, surtout pendant la première moitié de ce siècle, a poussé les jurisconsultes à se cantonner dans le commentaire exégétique des Codes, considérés comme l'alpha et l'oméga du droit; le droit administratif, non codifié et insusceptible de l'être, a été systématiquement négligé : les civilistes ont été jusqu'à lui dénier les caractères d'une véritable science. La question des « dons et legs », qui relève encore plus du droit administratif que du droit civil, auquel elle ne se rattache que par les faibles liens des art. 910 et 937 C. civ., s'est trouvée enveloppée dans cette espèce de dédain et elle serait peut-être encore aujourd'hui reléguée dans l'ombre, si depuis quelques années l'on ne s'était efforcé de réagir contre des tendances d'école trop exclusives; l'on a fini par comprendre qu'il n'y avait entre les deux grandes branches de la science juridique qu'une différence de méthode. Le droit civil procède par voie de *déduction* et tire des principes, posés par le législateur, toutes les conséquences directes et indirectes qu'ils comportent; le droit administratif, au contraire, recourt à l'*induction* et remonte des faits aux principes. Il coordonne les textes législatifs et réglementaires, les compare avec les errements de la pratique et de la jurisprudence, et de ces données, quelquefois confuses et même incohérentes en apparence, il s'évertue à dégager des règles claires et rationnelles.

C'est cette méthode inductive que M. Théodore Tissier a employée avec un réel succès dans l'étude qu'il a faite des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique; il est arrivé ainsi à mettre en pleine lumière les deux grands principes, qui dominent toute cette matière. Le premier, c'est que la capacité des établissements publics ou d'utilité publique est essentiellement artificielle et contingente et qu'elle repose uniquement sur la

Digitized by Google

volonté des pouvoirs publics, seuls dispensateurs de la personnalité morale; le second, c'est que l'exercice de cette capacité n'est pas libre, au moins en ce qui concerne les acquisitions à titre gratuit, et qu'il est subordonné à une autorisation préalable du gouvernement.

Ces deux règles ont des origines fort anciennes, et même la première, qui fait dépendre la constitution des personnes morales d'un acte de l'autorité souveraine, se rencontre déjà dans le droit romain; elle lui a été empruntée par nos juristes du moyen âge et dès lors elle n'a cessé de faire partie intégrante de notre droit public, bien que de nos jours on ne la trouve formellement exprimée dans aucun texte; Loysel la formulait en ces termes énergiques : « L'on ne se peut assembler pour faire corps de communauté sans congé et lettres du roi [1]. » La seconde règle, qui interdit aux personnes morales de recevoir des dons et legs sans la permission de la puissance publique, est un produit original de notre ancien droit; elle est née, vers le milieu du XIIIe siècle, d'une institution féodale, appelée *l'amortissement* [2]. Les gens de mainmorte ne pouvaient acquérir ni posséder de biens immeubles sans lettres d'amortissement, dont la délivrance était subordonnée au paiement d'une finance destinée à dédommager le roi du préjudice que lui causait la formation de la propriété de mainmorte ; le prince était d'ailleurs libre de refuser ces lettres, et, si l'on s'était passé de son consentement, il pouvait obliger les contrevenants à *vider leurs mains*. La nécessité d'une autorisation de la puissance souveraine est consacrée dans le dernier état de l'ancien droit par l'édit d'août 1749; c'est là que les auteurs du Code civil ont été la prendre, tout en rendant cette formalité gratuite et en l'élargissant, pour l'appliquer aux dons et legs mobiliers aussi bien qu'aux acquisitions immobilières à titre gratuit.

L'introduction du *Traité des dons et legs* de M. Théodore Tissier est consacrée à ces notions historiques, dont nous venons

[1] Loysel, *Institutes Coutumières*, édit. Dupin, t. I, n° 400, p. 381. — Conf. Le Bret, *Traité de la Souveraineté*, liv. I, ch. XV.

[2] V. notamment Eusèbe de Laurière, *De l'origine du droit d'amortissement*. — Claude de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, v° Amortissement.

Digitized by Google

d'extraire la moëlle; l'ouvrage est ensuite divisé en deux parties, dont la première expose les règles qui caractérisent la capacité des établissements publics ou d'utilité publique, civils ou religieux, et dont la seconde a trait à l'acceptation des dons et legs et à l'autorisation gouvernementale, qui doit la précéder.

Nous ne saurions, sans excéder les limites de ce compte rendu forcément sommaire, passer en revue toutes les questions examinées avec beaucoup d'ordre et résolues à l'aide d'un raisonnement sûr par notre auteur; nous voulons en retenir seulement deux ou trois.

Le principe de la *spécialité des établissements publics et d'utilité publique*, longtemps pressenti plutôt que nettement discerné par la jurisprudence administrative puis combattu par des adversaires, guidés moins par des raisons juridiques que par une arrière-pensée politique et religieuse, est vigoureusement défendu par M. Théodore Tissier; à la lumière des avis de doctrine, émis en 1881 par le Conseil d'Etat, il explique la raison d'être et la portée de cette règle, il montre comment la capacité des divers établissements est exclusivement bornée à l'exécution du service à raison duquel ils ont été institués et cesse dès qu'ils voudraient outrepasser leur mission officielle [1]. Il arrive ainsi à conclure à l'inaptitude des établissements religieux à recevoir des dons et legs en faveur des pauvres ou à charge de fonder et d'entretenir des écoles.

La formalité de l'autorisation gouvernementale ne donne pas moins lieu que les caractères distinctifs de la capacité des personnes morales à d'intéressantes discussions; l'une des plus graves concerne l'étendue des pouvoirs qui appartiennent au Président de la République assisté du Conseil d'État ou au préfet, lorsque ce dernier a qualité pour statuer; l'autorité compétente n'a-t-elle le choix qu'entre deux partis : autoriser l'acceptation ou s'y opposer? ne peut-elle pas encore adopter une solution intermédiaire, consistant à réduire la libéralité? La faculté de

[1] Alf. Gautier, *Revue critique*, 1882, t. 48, p. 641. — Léon Béquet, De la capacité des fabriques, *Revue générale d'administration*, 1881, t. III p. 26. — Ch. Beudant, *Revue pratique*, 1881, t. 49, p. 408.

Digitized by Google

réduction, contestée par quelques auteurs [1], est admise par M. Théodore Tissier, qui en étudie les différents effets et indique notamment avec beaucoup de précision à qui profite la réduction.

L'une des questions les plus délicates à examiner en raison des incertitudes de la jurisprudence, est celle par laquelle se termine le Traité des dons et legs et qui concerne les voies de recours ouvertes contre les décisions du Gouvernement, portant *autorisation*, *rejet* ou *réduction;* l'on ne pourra que savoir gré à M. Théodore Tissier d'avoir abordé franchement ces difficultés de procédure et proposé des solutions très satisfaisantes.

Son traité, si instructif et si utile à consulter à tous les égards, comme l'on en peut juger par les quelques exemples que nous avons choisis, a été honoré, dès son apparition, de souscriptions par le Ministère de l'Intérieur et le Ministère de la Justice et des Cultes; c'est assez dire que, si les théoriciens liront cet ouvrage avec intérêt, les gens de pratique y trouveront également leur compte.

FERDINAND JEANMAIRE.

[1] V. notamment André Morillot, *Revue critique*, 1872-1873, t. 39, p. 169.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE DROIT MARITIME

(Année judiciaire 1889-1890)

Par M. Ch. Lyon-Caen, professeur à la Faculté de droit de Paris et à l'Ecole des sciences politiques.

AFFRÈTEMENT. — BLOCUS. — CONVENTION DE PARIS DE 1856. — Jugement du tribunal de commerce du Havre du 21 janvier 1890 [1].

A propos de l'affrétement, le Code de commerce a déterminé l'influence des différents événements de mer ou de guerre sur les obligations des parties. L'art. 279, C. com., s'occupe à ce point de vue du blocus du port de destination survenu après le départ du navire; il dispose qu'alors le capitaine, s'il n'a des ordres contraires, doit se rendre dans un des ports voisins de la même puissance où il lui est permis d'aborder.

Cette disposition s'applique sans peine au cas où le blocus dont il s'agit est *effectif*. Mais faut-il reconnaître que le capitaine peut et doit se rendre ainsi dans un autre port lorsque le blocus du port de destination n'est pas établi par des forces suffisantes? La convention de Paris de 1856, qui se rattache au traité qui mit fin à la guerre de Crimée, a fait naître cette question, en consacrant la règle d'après laquelle « les blocus ne seront obligatoires qu'au-« tant qu'ils sont effectifs. » Elle s'élevait devant le tribunal de commerce du Havre, à propos d'un navire de la Compagnie transatlantique, *la Colombie*, dont le capitaine débarqua les marchandises du chargement à Port-au-Prince, alors qu'elles étaient destinées au Cap-Haïtien, dont le port était, selon les avis reçus par le capitaine, en état de blocus. Le chargeur prétendait que le capitaine avait commis une faute, en prenant cette détermination par suite d'un blocus ne réunissant pas les conditions voulues pour être effectif. En conséquence, le chargeur voulait que la Compagnie fût déclarée responsable de la faute du capitaine.

Le jugement constate qu'en fait le blocus était effectif, que, du

[1] *Revue internationale du Droit maritime*, 1889-90, p. 632.

Digitized by Google

moins, le gouvernement français le considérait comme tel ; mais en même temps le jugement indique, et c'est sous ce rapport qu'il mérite d'attirer l'attention, que l'art. 279, C. com., autorisait le capitaine à agir comme il l'avait fait, alors même que le blocus n'eût pas été établi conformément à la convention de Paris de 1856. D'après le jugement « le blocus n'en était pas moins officielle-« ment déclaré par l'un des gouvernements belligérants et sa « violation pouvait entraîner des conséquences sérieuses pour un « navire de commerce, quelque faible que fût l'armement des « navires de guerre haïtiens. »

Cette solution nous paraît fort juste. On exagérerait singulièrement jusqu'à la dénaturer la règle consacrée par la convention de Paris, si on l'appliquait au point de vue des intérêts purement privés. Cette règle implique seulement que les États ont le droit de ne pas tenir compte des blocus fictifs et peuvent, au besoin, réclamer contre des blocus de cette nature comme contraires au droit des gens. Mais un blocus qui n'est pas effectif, peut pourtant rendre périlleux l'accès d'un port et il est naturel que le capitaine ne brave pas un péril sérieux qui menace son navire et la cargaison. Il doit toujours agir dans toutes le circonstances au mieux des intérêts de l'armateur et des propriétaires du chargement. Dans les circonstances qui viennent d'être supposées, il peut y avoir un acte de prudence à diriger le navire sur un autre port que le port bloqué. Sans doute, quand à l'occasion d'un blocus fictif, des prises ont été opérées, des navires ont été coulés, le gouvernement dont les navires pris ou coulés portent le pavillon peut faire des réclamations et il peut même y avoir là un *casus belli*. Mais les dommages n'en ont pas moins été causés et la réparation n'en est pas toujours certaine.

Il faut seulement reconnaître qu'en présence d'un blocus réel, le capitaine n'encourt aucune responsabilité en transportant les marchandises dans un port voisin du port bloqué, tandis qu'en présence d'un blocus qui n'est pas effectif, il agit à ses risques et périls en n'essayant pas de débarquer les marchandises au port de destination et en les conduisant dans un port voisin.

Cette solution a été admise par M. Arthur Desjardins dans son

Digitized by Google

Traité de droit commercial maritime (tome III, n° 808) et par M. Paul Fauchille dans son livre sur le *Blocus maritime* (p. 290). Elle a été consacrée en Allemagne par un arrêt de l'ancien Tribunal supérieur de commerce de Leipzig du 23 décembre 1872 (*Revue de droit international*, 1874, p. 418).

Nous avons dû, pour rester dans l'espèce soumise au tribunal de commerce du Havre, supposer la survenance du blocus du port de destination après le départ du navire. Mais une question analogue pourrait se présenter à propos d'un blocus existant déjà au moment du départ. Dans ce cas, il y a interdiction de commerce et, conformément à l'art. 276, C. com., le contrat d'affrétement est résolu sans dommages-intérêts de part ni d'autre. Cette disposition s'applique certainement au cas où le blocus est effectif. Faut-il l'appliquer aussi au cas de blocus fictif? Cette question doit être résolue de la même manière que la précédente et cela pour des raisons semblables. En conséquence, le capitaine ou l'armateur peut faire considérer l'affrétement comme résilié bien que le blocus ne soit pas effectif, s'il fait courir de sérieux périls aux navires qui cherchent à le violer et aux cargaisons que ces navires transportent.

AFFRÉTEMENT. — DÉPÔT EN MAINS TIERCES. — Jugement du tribunal de commerce de Marseille du 7 juillet 1890 [1].

En cas de non paiement du fret lors de l'arrivée à destination des marchandises transportées par mer, le Code de commerce ne permet pas au capitaine de les retenir sur son bâtiment. Il peut seulement se faire autoriser à en faire le dépôt en mains tierces (art. 306, C. com.). Il y a là un mode d'exercice spécial du droit de rétention. Il a pour effet de priver le destinataire des marchandises tant qu'i n'y pas eu paiement du fret. On comprend que le destinataire cherche à obtenir la délivrance. Peut-il l'exiger en offrant au capitaine de lui fournir une caution garantissant le paiement du fret? On pourrait être tenté de le soutenir, en faisant observer qu'une caution assure le paiement du fret au capitaine et le met ainsi à l'abri du préjudice que pourrait lui faire éprouver l'extinction de son privilège sur les marchandises transportées,

[1] *Revue internationale du droit maritime*, 1890-91, p. 300.

Digitized by Google

quinze jours après la délivrance consentie au destinataire (art. 307, C. com.). Mais ce raisonnement n'est pas décisif. La loi aurait pu décider que le capitaine devait se contenter d'une caution; mais elle ne l'a pas fait et, sous peine de tomber dans l'arbitraire, on ne peut admettre des équivalents au dépôt en mains tierces, moyen unique admis par l'art. 306, C. com., pour assurer la conservation du privilège qui garantit le fret.

Le tribunal de commerce de Marseille a adopté cette solution, déjà consacrée, du reste, par lui précédemment [1]. C'est en vertu des mêmes motifs qu'on doit avec ce tribunal décider que le destinataire ne peut exiger la délivrance des marchandises en consignant le montant du fret [2].

ARMATEUR. — FAUTES DU CAPITAINE. — CLAUSE DE NON RESPONSABILITÉ. — Arrêt de la Cour de Bordeaux du 12 mars 1890 [3].

La jurisprudence de la Cour de cassation sur les clauses des connaissements exonérant l'armateur de la responsabilité des fautes du capitaine paraît fixée. Elle en reconnaît la validité. A plusieurs reprises, nous avons donné à cette jurisprudence notre entière approbation [4]. Elle n'a toutefois pas encore rallié tous les jurisconsultes [5] et des Cours d'appel refusent de s'y soumettre. Parmi ces Cours se trouve la Cour de Bordeaux. Dans un arrêt du 12 mars 1890, elle déclare nulles ces clauses de non responsabilité. Du reste, l'arrêt ne donne aucune raison nouvelle. Il n'essaie même pas de réfuter l'argument si décisif, à nos yeux, tiré en faveur de la validité de ces clauses de la faculté pour l'armateur de faire comprendre la baraterie de patron dans l'assurance du navire (art. 353, C. de comm.).

[1] Jugements du 16 juillet 1889 et du 24 septembre 1889, *Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille*, 1889. 1. 294 et 1890. 1. 16.

[2] V. le jugement du 16 juillet 1889, cité à la note précédente,

[3] *Revue internationale du Droit maritime*, 1890-91, p. 28.

[4] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1888, p. 755 et suiv.; 1889, p. 611 et suiv.

[5] V. notamment, Arthur Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, t. II, n° 276.

Digitized by Google

Cet arrêt n'aurait pas échappé, en cas de pourvoi, à la cassation. Malheureusement, après avoir admis la nullité de la clause de non responsabilité, il déclare que, dans l'espèce, l'armateur ne pouvait se prévaloir de cette clause, parce qu'il s'était reconnu responsable des fautes du capitaine envers les chargeurs en acceptant un projet de règlement dressé par des experts. Cette constatation de fait est évidemment souveraine.

ASSISTANCE MARITIME. — CONVENTION. — VIOLENCE MORALE. — NULLITÉ. — Arrêt de la Cour d'Aix du 30 janvier 1890 [1].

Les navires et leurs cargaisons échappent le plus souvent aux périls qui les menacent par les efforts de leur propre équipage. Mais quelquefois la gravité des circonstances est telle qu'il est besoin, pour atteindre ce résultat, du secours d'autrui. La prestation de ce secours est souvent appelée *assistance maritime*. Cette assistance, qui jusqu'ici était purement volontaire en France, constitue pour les capitaines de navires français une obligation légale au moins en cas d'abordage, d'après une loi récente *sur les accidents et collisions en mer* du 10 mars 1891 [2]. L'art. 4 de cette loi nouvelle dispose : « Après un abordage, le capitaine, « maître ou patron de chacun des navires abordés est tenu, au- « tant qu'il peut le faire sans danger pour son navire, son « équipage et ses passagers, d'employer tous les moyens dont il « dispose pour sauver l'autre bâtiment, son équipage et ses pas- « sagers du danger créé par l'abordage. Hors le cas de force « majeure, il ne doit pas s'éloigner du lieu du sinistre avant de « s'être assuré qu'une plus longue assistance leur est inutile et, « si ce bâtiment a sombré, avant d'avoir fait tous ses efforts pour « recueillir les naufragés. » La violation de cette obligation imposée au capitaine est punie d'amende et d'emprisonnement. On trouve des dispositions analogues imposant l'assistance maritime en cas d'abordage dans le *Merchant shipping Act* anglais du 20 août 1872 (36 et 37, *Victoria*, c. 85, s. 16), dans une loi des Etats-Unis d'Amérique du 3 septembre 1890, dans une

[1] *Revue internationale du droit maritime*, 1889-90, p. 486.

[2] Cette loi a été promulguée dans le numéro du *Journal officiel* du 12 mars 1891.

Digitized by Google

ordonnance de l'empereur d'Allemagne du 15 août 1886, dans une loi norvégienne du 24 mars 1860. Le Code de commerce italien pour la marine marchande (art. 120) va plus loin; il admet l'obligation d'assistance dans tous les cas où un navire est en danger de se perdre (*in pericolo di perdersi*) même sans qu'il y ait abordage. Le Code pénal des Pays-Bas (art. 414 et 473) reconnaît aussi un caractère général à l'obligation d'assistance.

Que l'assistance soit donnée à titre obligatoire ou à titre volontaire, l'assistant réclame souvent une rémunération à l'assisté et parfois les circonstances permettent la conclusion d'une convention à cet égard. Cette convention est naturellement soumise aux règles générales sur les contrats. Elle peut donc notamment être annulée pour cause de violence : les circonstances sont parfois telles que l'on peut affirmer que la volonté de l'assisté n'a pas été moralement libre. La Cour de cassation a reconnu qu'il peut en être ainsi [1]. Mais on conçoit que des difficultés s'élèvent sur le point de savoir si le péril auquel était exposé le navire assisté était imminent. C'est là, d'après l'art. 1112, C. civ., une condition essentielle pour qu'il y ait violence entraînant la nullité du contrat. Dans l'espèce le tribunal de commerce de Marseille avait cru pouvoir écarter la nullité en se fondant sur ce que le navire assisté aurait pu être sauvé par une assistance postérieure. La Cour d'Aix a prononcé la nullité, en constatant que le navire était réduit à un tel état qu'il se trouvait dans l'impossibilité de manœuvrer et de résister au moindre événement de mer et en déclarant que ce n'est que contraint et forcé, après s'être vainement débattu pour obtenir des conditions moins rigoureuses, que le capitaine a dû consentir à payer la somme qui lui était réclamée.

Dans des cas de ce genre, après l'annulation de la convention les tribunaux peuvent, à raison du service rendu, allouer une indemnité à l'assisté. C'est là ce qu'a fait la Cour d'Aix. Pour les navigateurs et pour tous ceux qui ont des intérêts exposés aux risques de mer, il importe que l'assistance maritime ne reste pas sans rémunération.

[1] Arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 27 avril 1887, *Revue internationale du droit maritime*, 1887-88, p. 15.

Digitized by Google

ASSURANCES MARITIMES. — DÉLAISSEMENT. — EFFET RÉTROACTIF. — Arrêt de la Cour de Paris du 18 décembre 1889 [1].

Le délaissement a notamment pour effet de mettre l'assureur à la place de l'assuré quant aux droits et obligations se rattachant à la chose assurée qui est l'objet du délaissement. Comme l'assuré est d'ordinaire propriétaire de cette chose, navire ou marchandises, le délaissement transfère le plus souvent la propriété à l'assureur. Aussi s'accorde-t-on à ranger le délaissement parmi les modes d'acquisitions spéciaux au droit maritime.

Les effets du délaissement se produisent-ils seulement pour l'avenir? Se produisent-ils aussi dans le passé? S'ils rétroagissent, jusqu'à quel moment la rétroactivité remonte-t-elle?

La question peut présenter un intérêt à plusieurs points de vue. Elle en offre notamment aux suivants :

a. Si le délaissement rétroagit, le capitaine est considéré comme le mandataire de l'assureur dans le passé à partir du jour où le délaissement produit ses effets et, par suite, l'assureur répond des fautes du capitaine à compter de ce moment, même quand l'assurance ne s'applique pas à la baraterie de patron;

b. Le sauvetage fait par l'assuré est opéré pour le compte et aux risques de l'assureur.

C'est à ce dernier point de vue que la Cour de Paris avait à se préoccuper de la question.

L'art. 385 paraît favorable au système qui refuse tout effet rétroactif au délaissement. D'après cet article « le délaissement « signifié et jugé valable, les effets assurés appartiennent à l'as- « sureur, à partir de l'époque du délaissement. » Mais cette solution est contraire à la tradition et l'art. 385 paraît fait pour indiquer seulement le moment de la formation du droit de l'assureur. La Cour de Paris se conformant à une jurisprudence qui est fort juste, fait remonter les effets du délaissement au jour du sinistre. Le délaissement est considéré comme constituant l'accomplissement d'une condition résolutoire dont l'effet doit être rétroactif d'après les principes généraux du droit.

Un système plus absolu a été soutenu : on a prétendu que

[1] *La Loi*, n° du 25 janvier 1890.

Digitized by Google

l'effet rétroactif du délaissement se produit jusqu'au jour où les risques ont commencé à être à la charge de l'assureur. Ce système semble avoir été celui d'Emérigon. Il s'exprime ainsi dans son *Traité des assurances* (chapitre XVII, section IX) : « L'effet de « l'abandon [1] est de mettre l'assureur au lieu et place de l'assuré, « comme si assuré ne fût, c'est-à-dire comme si l'entreprise nau- « tique eût été étrangère à l'assuré. Le péril est renversé sur « l'assureur : *Assecuratio est aversio periculi*. La navigation est « considérée avoir été faite dans le principe pour le compte de « l'assureur, vis-à-vis duquel l'abandon a un effet rétroactif. » Ce système a été soutenu sous l'empire du Code de commerce. Il ne nous paraît pas devoir être admis. On peut, au point de vue logique, lui faire le reproche de placer l'effet avant la cause. La cause du délaissement est le sinistre majeur, non le contrat d'assurance.

AFFRÉTEMENT. — FRET ACQUIS MÊME EN CAS DE SINISTRE. — VALIDITÉ. — NULLITÉ. — Arrêt de la Cour de Rouen du 27 novembre 1889 [3]. — Arrêt de la Cour de Paris du 22 Avril 1890 [4],

La question de savoir s'il peut être stipulé que le fret ne sera pas dû même en cas de perte des marchandises a été portée souvent devant les tribunaux depuis le jugement du tribunal de commerce de Marseille du 26 octobre 1885 mentionné dans notre examen doctrinal publié dans la *Revue* de 1886 (p. 347). Ce jugement admettait la nullité de cette stipulation. Nous avons critiqué cette solution qui a été adoptée depuis par la Cour d'Aix dans un arrêt du 15 novembre 1886 [5]. La Cour de Rouen, dans son arrêt du 15 novembre 1890, a, au contraire, admis, comme nous l'avons fait, la validité de cette stipulation, en confirmant un jugement du tribunal de commerce du Havre [6]. Mais la Cour de Paris (5e Chambre) s'est, dans un arrêt du 22 avril

[1] Emérigon appelle ainsi le délaissement.

[2] Arthur Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, t. VII, no 1592.

[3] *Revue internationale du droit maritime*, 1889-90, p. 480.

[4] *Revue internationale du droit maritime*, 1890-91, p. 131.

[5] Même Revue, t. II, p. 412.

[6] La Cour de Rouen maintenait sa jurisprudence précédente. V. arrêt du 13 décembre 1885, *Revue internationale du droit maritime*, t. II, p. 528.

Digitized by Google

1890, rangée à l'opinion de la Cour d'Aix en annulant la clause stipulant que le fret serait dû à l'armateur même en cas de sinistre.

Nous ne reviendrons pas en détail sur la question traitée par nous en 1886. Nous devons seulement présenter quelques observations sur l'arrêt de la Cour de Paris; il mérite d'attirer tout spécialement l'attention à raison de la date à laquelle avait été conclu le contrat d'affrétement contenant la clause litigieuse et des arguments tout au moins spécieux que renferment les motifs de l'arrêt.

Avant la loi du 12 août 1885, on pouvait soutenir la nullité de la clause stipulant le fret payable même en cas de sinistre en faisant observer qu'avec cette clause on tournait la prohibition de l'assurance du fret, puisque, grâce à elle, le même résultat était obtenu que si le fret avait été assuré. Les décisions judiciaires qui avaient annulé cette clause avaient pu invoquer cet argument, parce qu'elles avaient été rendues à l'occasion de contrats d'affrétements conclus sous l'empire de la prohibition de l'assurance du fret. La loi du 12 août 1885 a permis l'assurance du fret (art. 334 C. com.) et, dans l'espèce sur laquelle a statué la Cour de Paris, le contrat d'affrétement était d'une date postérieure à cette loi. Aussi la Cour n'a-t-elle pas pu donner, pour se prononcer en faveur de la nullité, l'argument qui vient d'être rappelé. Elle a dû recourir à d'autres raisons et même chercher à réfuter l'argument qu'on peut aujourd'hui tirer, en faveur de la validité de la clause, de la faculté pour l'armateur de faire assurer le fret.

La Cour de Paris commence par affirmer que, d'après le texte de l'art. 302, C. com., on peut sans doute déroger à la règle d'après laquelle les avances sur fret ne sont pas restituables en cas de perte des marchandises, mais que la convention contraire n'est pas autorisée pour écarter la règle d'après laquelle le fret n'est pas dû quand les marchandises ont péri. Puis l'arrêt fait remarquer que dans le système du Code de 1807, le fret ne peut être dû qu'une fois le transport effectué (art. 347, 318, C. com.), que ces dispositions sont sans doute abrogées par la loi du 12 août 1885, mais que le surplus du système qui avait réglé les rapports de l'armateur et de l'affréteur n'en continue pas moins de subsister, que l'art. 302 n'a pas été modifié, que le titre du fret a

Digitized by Google

été laissé intact, que le législateur de 1885 s'est borné à élargir la base du contrat d'assurance; qu'il suit de là que, dans les rapports entre l'armateur et l'affréteur, le fret ne doit être dû qu'au cas d'heureuse arrivée. Selon la Cour de Paris, cette règle est des plus efficaces pour prévenir les faits de baraterie; sans elle la clause litigieuse deviendrait de style et le capitaine n'aurait plus d'intérêt à la conservation des marchandises.

Il nous semble y avoir là une suite d'erreurs que la Cour de cassation saura, nous n'en doutons pas, relever, le jour où elle sera appelée à statuer sur la question. Ce jour ne peut tarder[1]; car la clause stipulant le fret acquis même en cas de sinistre devient de plus en plus fréquente. On la trouve dans les connaissements des grandes compagnies de navigation.

Si l'art. 302 n'autorise pas expressément cette stipulation, il ne la défend pas non plus. L'absence de prohibition suffit pour que la clause soit licite, si elle n'est contraire ni à l'ordre public ni à aucun principe de droit. On serait fort embarrassé pour prouver que par elle l'ordre public est méconnu ou qu'un principe de droit quelconque est violé. Deux raisons décisives dont l'une pouvait être donnée avant la loi du 12 août 1885, dont l'autre se rattache aux innovations de cette loi, le prouvent de la façon la plus décisive.

Il peut être stipulé que les avances sur fret ne sont pas restituables et ces avances peuvent être à peu près égales ou égales même au montant total du fret. Au point de vue du résultat, il n'y a aucune différence entre une telle stipulation déclarée licite par l'art. 302, C. com. et celle qui admet que le fret non avancé sera dû à tout événement. L'une et l'autre suppriment l'intérêt de l'armateur à l'heureuse arrivée des marchandises.

Puis l'assurance du fret autorisée par la loi du 12 août 1885, permet à l'armateur de se mettre par une assurance à l'abri des risques de perte du fret. Pourquoi ne pourrait-il pas atteindre le même but au moyen d'une clause du contrat d'affrétement? La Cour suprême a déjà reconnu à maintes reprises la justesse d'un pareil raisonnement quand elle a admis que l'armateur pouvant

[1] Nous apprenons que la Chambre des Requêtes a admis récemment des pouvoirs formés contre les arrêts des Cours de Rouen et de Paris.

Digitized by Google

faire comprendre dans l'assurance du navire la baraterie de patron, il est licite qu'il se décharge, par une clause du connaissement, de la responsabilité des fautes du capitaine.

Nous renvoyons, du reste, à ce que nous avons déjà dit sur la question de la stipulation de fret payable à tout événement dans notre examen doctrinal de 1886 [1].

ASSURANCE MARITIME. — INNAVIGABILITÉ RELATIVE. — Arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 16 décembre 1889 [2].

L'innavigabilité absolue consistant dans l'état d'un navire qui est irréparable et comme tel hors d'état de tenir la mer n'est pas la seule espèce d'innavigabilité constituant un sinistre majeur pouvant donner lieu au délaissement. On s'accorde à reconnaître que l'innavigabilité relative est aussi un sinistre majeur permettant de délaisser. Les polices en usage confirment généralement cette solution. Mais l'innavigabilité relative a ce grave inconvénient de donner naissance à de nombreux abus et à des difficultés juridiques parfois assez graves. C'est sur l'une de ces difficultés qu'a statué la Chambre des requêtes.

Les faits sont en eux-mêmes très simples. Une voie d'eau avait obligé le navire *Harmonie* assuré franc d'avaries à relâcher dans un port du Brésil. Le devis des réparations dressé par des experts s'élevait à 20.000 francs. Le capitaine fit dans le port de relâche toutes les tentatives pour se procurer cette somme à l'aide d'un emprunt, mais ces tentatives échouèrent. Les assureurs offriren alors d'envoyer les fonds nécessaires pour les réparations en proportion des sommes couvertes par chacun d'eux. L'armateur refusa d'accepter cette offre et il prétendit délaisrer le navire pour innavigabilité relative. Cette prétention était repoussée par les compagnies d'assurances. Il s'agissait donc, en réalité, de savoir si le manque de fonds pour réparer un navire assuré, qui constitue, en principe, un cas d'innavigabilité relative, doit être considéré comme permettant le délaissement alors même que

[1] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1886, p. 347.

[2] *Recueil de Dalloz*, 1891. 1. 65 (Note de M. Levillain); *Revue internationale de droit maritime*, 1889-90, p. 473

Digitized by Google

l'assureur aurait offert à l'assuré les sommes nécessaires pour faire les réparations.

La Chambre des requêtes s'est prononcée en faveur du délaissement. Les motifs donnés dans l'arrêt pour justifier cette solution sont très simples. L'impossibilité où s'est trouvé le capitaine de trouver au port de relâche les fonds nécessaires aux réparations constitue un cas d'innavigabilité relative prévu par la loi ainsi que par la police et donnant ouverture au délaissement. Les assureurs ont bien offert d'envoyer les fonds, mais l'offre des assureurs était faite à titre provisoire comme avance, ce qui aurait obligé l'armateur à puiser dans sa fortune de terre. Or l'armateur était bien obligé de puiser dans les resources de sa fortune flottante tout ce qu'il pouvait en tirer pour pourvoir aux réparations du navire, mais il ne pouvait être tenu au delà. L'acceptation par l'assuré de l'offre des assureurs aurait aggravé sa situation à leur égard et aurait eu pour effet de donner à ses obligations une plus grande étendue que celle qui résultait de la loi ou de la convention.

Nous ne pouvons approuver la doctrine qui ressort de cet arrêt. Selon nous, l'assuré qui refuse de recevoir de l'assureur les fonds nécessaires aux réparations du navire, fonds qu'on ne peut parvenir à emprunter au port de relâche, est non recevable à délaisser.

Le délaissement est un bénéfice exceptionnel conféré à l'assuré. Il n'en jouit que dans les cas de sinistres majeurs. L'innavigabilité relative est au nombre de ces cas, et il est admis qu'il y a innavigabilité relative, notamment quand, dans un port de relâche, on ne peut se procurer les fonds indispensables pour réparer le navire. Mais on ne peut dire qu'il y a manque de fonds alors que l'assureur lui-même offre à l'assuré de quoi subvenir aux réparations. On ne doit pas oublier que l'assureur a le droit de faire tout ce qui peut restreindre, en cas d'accident de mer, le dommage subi et, par suite, ses obligations envers l'assuré (argument tiré de l'art. 388, 2e alin.). Il est exorbitant que l'assuré mette obstacle à l'exercice de ce droit de l'assureur. Ce droit existe toujours en matière d'assurance maritime. Mais il se justifie surtout dans les cas où, comme dans l'espèce, l'as-

Digitized by Google

surance ayant été faite avec la clause *franc d'avaries*, l'obligation de l'assureur n'existe pas si les réparations sont faites, par cela même qu'elles font disparaître l'innavigabilité et réduisent le dommage subi à une avarie dont, en vertu de la clause *franc d'avaries*, l'assureur garant des seules sinistres majeurs, ne répond pas. L'assureur peut, selon nous, dire à l'assuré, que le navire n'est pas innavigable lorsque c'est par suite du refus de celui-ci de recevoir des fonds qu'il n'est pas réparé.

L'arrêt de la Chambre des requêtes, pour justifier le refus de l'assuré et pour admettre, par suite, le délaissement, dit que l'offre de l'assureur était faite à titre d'avance, de telle façon que si l'assuré l'avait acceptée, il eût été tenu au remboursement des fonds avancés même sur sa fortune de terre, ce à quoi il ne peut pas être obligé.

A nos yeux, ce raisonnement repose sur une erreur. Il semble impliquer que l'assuré doit rembourser à l'assureur les sommes employées par celui-ci à la réparation du navire qui, s'il n'était réparé, pourrait être délaissé comme innavigable. Nous ne croyons pas que cette obligation existe. L'assuré ne doit pas en être tenu dans les cas où, comme dans l'espèce, il y a eu assurance avec franchise d'avaries. L'assureur fait alors une dépense dans son propre intérêt; le résultat qu'il obtient est de réduire le sinistre majeur à une simple avarie dont, en vertu de la clause *franc d'avarie*, il ne répond pas (art. 409, C. com.). Il serait singulier que l'assureur pût réclamer à l'assuré le remboursement d'une somme qu'il lui a remise pour ne pas avoir à subir le délaissement.

Il est vrai que l'assureur avait déclaré ne faire qu'une avance. Mais une semblable déclaration émanant de la seule volonté de l'assureur ne peut créer à la charge de l'assuré une obligation qui n'existerait pas sans elle. C'était à l'assuré à protester contre cette déclaration et à déclarer lui-même qu'il acceptait les fonds de l'assureur sans se soumettre à aucune obligation ne résultant pas de la loi ou des clauses de la police. De deux choses l'une alors; ou l'assureur devant les réserves de l'assuré aurait renoncé à lui remettre des fonds et il y aurait eu innavigabilité relative permettant le délaissement; ou l'assureur

Digitized by Google

aurait remis les fonds à l'assuré, malgré ses réserves et, en cas de contestation postérieure au sujet du remboursement à en faire, il aurait dû être décidé que l'assuré n'avait rien à rendre et que les réparations ayant été faites, il n'y avait pas lieu au délaissement pour innavigabilité relative.

Au surplus, nous croyons que les mêmes solutions devraient être admises quand la clause *franc d'avaries* ne se trouve pas dans la police d'assurance. Si l'armateur réparait à ses frais le navire assuré, il aurait un recours contre l'assureur. Comment l'assureur pourrait-il se faire rembourser une somme qu'il aurait dû rembourser à l'assuré si ce dernier en avait fait l'avance?

Une considération peut encore être invoquée pour écarter le délaissement dans le cas où l'assuré refuse de recevoir de l'assureur les fonds nécessaires pour réparer le navire. Le fait de l'assuré ne peut pas créer un sinistre majeur lui permettant de délaisser. C'est en vertu de ce principe qu'il est admis que l'abandon du navire et du fret, bien qu'il entraîne la dépossession du propriétaire assuré, ne lui permet pas de délaisser. Ce même principe serait méconnu si le refus des fonds offerts par l'assureur faisait considérer qu'il y a innavigabilité relative pour le navire et autorisait, par suite, l'assuré à faire le délaissement.

ASSURANCE MARITIME. — PRÉSOMPTION DE NAVIGABILITÉ. — VICE PROPRE. — CLASSIFICATION D'UN NAVIRE. — Jugement du tribunal de commerce de la Seine du 28 août 1889 [1].

L'assurance maritime ne comprend pas, sauf convention contraire, les dommages causés par le vice propre. Ainsi, l'assureur sur corps ne répond pas du dommage subi par le navire et provenant de ce qu'il a quitté le port de départ n'étant pas en état de tenir la mer. Par suite, en cas de contestation sur le point de savoir si le dommage provient de l'état d'innavigabilité du navire antérieur au départ ou d'une fortune de mer, il y a lieu de déterminer à qui incombe le fardeau de la preuve. Les principes sont à cet égard bien établis. Il y a lieu de résoudre la question à l'aide d'une distinction fondée sur ce que la visite a été ou n'a pas été régulièrement opérée avant le départ. Quand il y a un

[1] *Revue internationale de droit maritime*, 1890-91, p. 269 et suiv.

Digitized by Google

certificat de visite, la présomption est que le navire était en bon état lors du départ; aussi la preuve du vice propre incombe à l'assureur. Au contraire, en l'absence d'un certificat de visite, la présomption contraire doit être admise, de telle sorte que c'est à l'assuré à la détruire en prouvant la fortune de mer.

La visite est parfois faite avec négligence et le certificat des experts-visiteurs étant identique pour tous les navires, ne fait pas connaître aux intéressés quel degré de confiance mérite ou non le bâtiment à raison de son mode de construction, de son âge et d'autres circonstances. Sur tous ces points les registres de classification des navires publiés par des compagnies spéciales, comme est en France la société du bureau *Veritas*, donne au moyen des cotes de précieux renseignement.

La classification d'un navire sur l'un de ces registres engendre-t-elle, comme la visite officielle, une présomption mettant la preuve du vice propre allégué par l'assureur sur corps à la charge de celui-ci?

Les tribunaux peuvent assurément voir là une présomption de fait suffisante ou non selon les circonstances pour faire peser sur l'assureur le fardeau de la preuve. Les juges ont, en effet, pleine liberté pour considérer comme constituant des présomptions de fait telles circonstances que bon leur semble. Dans l'espèce, le tribunal de commerce de la Seine ne paraît avoir considéré la classification au registre du bureau *Veritas* que comme une présomption de cette nature qu'il a indiquée, dans son jugement, à côté d'autres indices.

Mais on ne saurait aller plus loin et considérer la cote du navire dans un registre de classification comme constituant une présomption légale au même titre que le certificat de visite délivré en vertu de l'art. 225, C. com. Les présomptions légales sont de droit étroit, elles ne peuvent, sous prétexte d'analogie, être étendues d'un cas à un autre. Du reste, on comprend que le certificat de visite par cela même qu'il est exigé par la loi et qu'il émane d'experts désignés par le tribunal de commerce et ayant ainsi un certain caractère public ait des effets légaux plus importants que la classification opérée par les agents d'une compagnie privée.

D'ailleurs, il faut reconnaître que, s'il y a une différence pro-

Digitized by Google

fonde entre les présomptions de fait et les présomptions légales *juris et de jure* ou présomptions excluant la preuve contraire, les présomptions légales *juris tantum* se rapprochent beaucoup des présomptions de fait. Or la présomption légale attachée au certificat de visite est certainement une présomption de la dernière espèce, elle peut être détruite par la preuve contraire.

Il n'y a, en réalité, entre les présomptions légales *juris tantum* et les présomptions de fait qu'une différence. Le rejet d'une présomption de fait ne constitue pas une violation de la loi et ne peut pas, par suite, donner lieu à cassation. Au contraire, le tribunal, qui repousse une présomption légale, lorsque toutes les conditions voulues pour son application sont réunies, viole la loi et le jugement rendu par lui peut de ce chef donner lieu à cassation.

Aussi déciderions-nous qu'un tribunal est souverain pour admettre ou repousser la présomption de bon état du navire avant le départ résultant de la cote donnée à un navire dans un registre de classification, tandis qu'il ne pourrait, sans faire encourir la cassation à son jugement, repousser la présomption de navigabilité attachée au certificat de visite, si, du moins, le jugement n'indique pas les faits qui constituent la preuve contraire.

COURTIERS MARITIMES. — MONOPOLE. — CONDUITE DU NAVIRE. — CONSIGNATAIRE DU NAVIRE. — Arrêt de la chambre criminelle du 9 mai 1890 [1].

Le courtage maritime, comme le courtage des assurances maritimes, ne peut être exercé que par les officiers ministériels nommés par le chef de l'État. Le monopole est une cause de gêne et de dépenses pour les armateurs. Aussi des tentatives nombreuses et variées ont été faites par les intéressés, particulièrement dans ces dernières années, pour y échapper en le restreignant dans les plus étroites limites.

D'après l'art. 80, C. com., les courtiers maritimes ont les attributions suivantes :

1° Ils font le courtage des affrétements ;

2° Ils constatent officiellement le cours du fret ;

3° Ils conduisent les capitaines et les assistent dans les démarches

[1] *Revue internationale du droit maritime*, 1890-91, p. 7.

Digitized by Google

qu'ils ont à faire auprès des différentes administrations publiques;

4° Ils traduisent les pièces à produire par les capitaines à ces administrations ou celles dont on se prévaut en justice dans les procès maritimes.

Les deux premières attributions ne donnent lieu à aucune difficulté spéciale. Il n'en est pas de même des deux autres pour lesquelles les courtiers jouent le rôle d'interprètes et de conducteurs de capitaines de navires. Il est difficile de bien déterminer, à l'occasion de ces attributions, les limites exactes du privilège dont jouissent les courtiers institués par le gouvernement. L'ordonnance *sur la Marine* de 1681 (art. 14, livre I, titre 7) a posé sur ce point une règle non reproduite par le Code de commerce, mais toujours en vigueur : *Les maîtres et les marchands qui voudront agir par eux-mêmes, ne seront tenus de se servir d'interprètes ni de courtiers.*

L'idée renfermée dans cette disposition est que les intéressés peuvent agir par eux-mêmes et ne pas recourir à des courtiers maritimes. Tout le monde est d'accord sur ce point. Mais quelles personnes doivent être considérées comme intéressées? C'est à cette question générale que se rattachent des difficultés et c'est en augmentant le plus possible le nombre des intéressés qu'on cherche à réduire le privilège des courtiers maritimes.

On peut diviser les intéressés en deux classes. Il y a des personnes dont l'intérêt se rattache au navire, il en est d'autres qui ont un intérêt se rattachant à la cargaison.

Parmi les premières, qui peuvent incontestablement agir sans recourir à des courtiers, est le capitaine que le texte de l'ordonnance appelle le maître. Il n'est pas douteux que l'armateur a le même droit s'il se trouve au port de destination. C'est lui qui est l'intéressé direct. Le capitaine n'est que son représentant. Si celui-ci peut se passer de courtier maritime, *a fortiori* en est-il ainsi de l'armateur.

Parmi les personnes dont l'intérêt se rapporte aux marchandises est le propriétaire de celles-ci. C'est lui que l'Ordonnance appelle le *marchand*.

Une jurisprudence constante reconnaît au consignataire de la cargaison entière le droit de remplir les formalités constituant la

Digitized by Google

conduite du navire sans recourir à un courtier. On désigne sous ce nom celui auquel la cargaison est adressée qui, comme tel, est porteur des connaissements; il n'y a même pas à distinguer selon qu'il doit conserver les marchandises ou qu'en vertu de conventions conclues entre lui et les tiers il doit les leur remettre.

Ce que l'on admet sans difficulté pour le consignataire de la cargaison doit-il l'être aussi pour le consignataire du navire? Cette question est très douteuse. La Chambre criminelle l'a tranchée dans un sens favorable à ce dernier consignataire, en admettant que lorsuq'un navire part sur lest, le consignataire de ce navire peut, sans avoir recours à un courtier, remplir auprès des diverses administrations publiques toutes les formalités relatives à la sortie du navire. L'arrêt, comme il arrive trop souvent, est à peine motivé. Il rappelle que les intéressés n'ont pas besoin de recourir à des courtiers maritimes, et il en conclut que ce droit appartient au consignataire du navire.

Nous ne pouvons approuver cette solution. Les seules personnes qui ont le droit de faire elles-mêmes les opérations de la conduite sont celles qui ont un intérêt personnel à ce que ces opérations soient accomplies, parce qu'elles ont un droit propre de disposer de la cargaison ou du navire. Tels sont l'armateur et le consignataire de la cargaison, tels sont aussi le capitaine ou le commis appelé commis-succursaliste, parce qu'il est placé à la tête d'une succursale de l'armateur; l'un et l'autre se confondent pour ainsi dire avec celui qu'ils sont chargés de représenter. On s'accorde à reconnaître que le même droit n'appartient pas soit à la personne qui représente plusieurs maisons ou toutes celles qui s'adresseront à elle, soit au mandataire accidentel de l'armateur. S'il en était autrement, il ne resterait rien du privilège des courtiers maritimes.

Le consignataire de navire n'a pas de droit propre ni sur la cargaison ni sur le navire. C'est un mandataire chargé par l'armateur de toucher le fret à la place du capitaine, de s'occuper du navire pour le pourvoir de ce qui est nécessaire à la navigation, de le faire réparer au besoin avant qu'il n'entreprenne un nouveau voyage ou qu'il ne poursuive le voyage commencé. Si le consignataire du navire peut se passer de courtier maritime,

Digitized by Google

tout armateur a un moyen bien simple d'échapper au courtage officiel, c'est de désigner un consignataire. Aussi cette question est très grave pour les courtiers maritimes. Leur privilège serait presque détruit en fait par la reconnaissance du droit du consignataire de la coqne.

A raison de sa gravité même, cette question a préoccupé l'administration et donné lieu à toute une série d'incidents qui méritent d'être rappelés.

En 1884, les courtiers maritimes de Bordeaux réclamèrent contre la pratique de l'administration des douanes qui admettait les consignataires du navire à agir par eux-mêmes sans courtier. Le ministre du commerce trouvant cette réclamation fondée, détermina le ministre des finances à envoyer aux agents des douanes une circulaire leur prescrivant de refuser le droit de conduite au consignataire du navire. Cette circulaire provoqua des protestations de la part des armateurs qui prétendaient que le ministre sacrifiait l'intérêt du commerce à celui d'une corporation d'officiers ministériels privilégiés. Le ministre du commerce crut devoir alors prendre l'avis du Conseil d'Etat. La section des travaux publics, de l'agriculture, du commerce et de l'industrie, dans un avis du 20 juillet 1886, donna raison aux armateurs .Cet avis ne découragea pas les courtiers maritimes ; ils firent remarquer que cet avis n'émanait pas du Conseil d'Etat entier, mais d'une seule section. L'exécution de la circulaire du 15 septembre 1886 conforme à l'avis de la section du Conseil d'Etat fut suspendue et la plupart des chambres de commerce consultées sur la question, se prononcèrent en faveur des courtiers maritimes.

L'arrêt de la Chambre criminelle du 9 mai 1890 mettra-t-il un terme à cette longue suite d'incidents ? Cela n'est pas probable. L'intérêt des courtiers maritimes est trop gravement compromis par la doctrine de cet arrêt, pour qu'ils ne saisissent pas l'occasion de soumettre à nouveau la même question à la Cour suprême. Malheureusement pour les courtiers l'arrêt du 9 mai 1890 n'est pas le premier qui reconnaisse le droit du consignataire du navire. Un autre arrêt du 22 janvier 1875 a été rendu dans le même sens[1].

[1] Dalloz, 1876. 1. 336.

Digitized by Google

COURTIERS MARITIMES. — MONOPOLE. — CONDUITE DU NAVIRE. — CONSIGNATAIRE UNIQUE DE LA CARGAISON. — SIMULATION. — Arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 20 octobre 1890 [1].

Ainsi que nous le disons plus haut, le consignataire unique de la cargaison a le droit de faire par lui-même les opérations de la conduite. Aussi, afin d'échapper aux droits de courtage, des fraudes sont-elles parfois commises par des personnes qui se présentent comme consignataires uniques de la cargaison alors qu'elles n'ont point cette qualité. Les tribunaux ont assurément le pouvoir de rechercher si la personne qui s'est présentée comme consignataire ne s'est pas attribué fictivement cette qualité. S'ils constatent qu'il y a simulation, ils doivent reconnaître une usurpation des fonctions de courtiers maritimes et condamner, en conséquence, l'auteur de cette simulation à des dommages-intérêts ou aux peines prononcées par les lois spéciales. La Chambre des requêtes a reconnu le droit des tribunaux en cette matière. Il n'est pas douteux. Mais l'arrêt que nous signalons mérite d'être indiqué parce qu'il montre combien le monopole des courtiers maritimes est battu en brèche de tous les côtés.

COURTIERS MARITIMES. — MONOPOLE. — COMMIS. — AGENT PRINCIPAL. — AGENT SUBALTERNE. — DOMMAGES-INTÉRÊTS. — ABSENCE DE PRÉJUDICE. — Arrêt de la Cour d'Alger du 7 juin 1890 [2].

Le monopole des courtiers est protégé à la fois par une action en dommages-intérêts accordée aux courtiers victimes d'une usurpation et par une amende prononcée contre les auteurs d'actes de courtage illicite. Mais il est possible qu'un acte de cette sorte ne cause pas de préjudice aux courtiers privilégiés. Dans ces circonstances, l'amende est sans doute encourue, mais il n'y a pas possibilité de prononcer une condamnation à des dommages-intérêts.

La Cour d'Alger a admis cette solution dans une espèce intéressante. L'agent principal d'une compagnie de transport peut

[1] *Revue internationale du droit maritime*, 1890-91, p. 386. — L'arrêt a été rendu sur le rapport de M. le conseiller Féraud-Giraud. Ce rapport est reproduit dans la *Revue internationale du droit maritime*.

[2] *Revue internationale du droit maritime*, 1890-91, p. 260.

Digitized by Google

faire les opérations de la conduite ; c'est un commis succursaliste. Le même droit n'appartient pas à un employé subalterne. Si, en fait, un employé fait ces opérations sans ministère d'un courtier, il porte atteinte au privilège des courtiers maritimes ; il encourt l'amende édictée par la loi du 28 nivôse an IX (art. 8 et 9) ; mais il ne peut être condamné à des dommages-intérêts ; on ne saurait affirmer qu'en usurpant les fonctions des courtiers maritimes, il leur a préjudicié, alors que les formalités de la conduite auraient pu être accomplies par l'agent principal.

VENTE DE NAVIRE. — PREUVE. — ÉCRIT. — PARTIES. — TIERS. — Arrêt de la Cour de Caen du 12 mars 1890 [1].

Notre Code de commerce dérogeant, pour tous les contrats maritimes, au principe de la liberté des preuves admis en matière commerciale (art. 109, C. com.), exige que ces contrats soient constatés par écrit (art. 195, 273, 311, 332, C. com.). Il en est ainsi spécialement de la vente d'un navire. L'art. 195, C. com., dispose à cet égard : « La vente volontaire d'un navire doit être « faite par écrit et peut avoir lieu par acte public ou par acte sous « signature privée. » Cette disposition a donné lieu à de nombreuses difficultés. C'est l'une d'elles qu'a résolue la Cour de Caen.

Toutes les règles qui limitent la liberté des preuves sont gênantes et ont le grave inconvénient d'obliger le juge à consacrer parfois des solutions contraires à la vérité et de favoriser dans une certaine mesure la mauvaise foi et l'esprit de chicane. Aussi fait-on généralement de grands efforts pour restreindre ces règles dans les plus étroites limites. Le but est assurément bon et doit être approuvé si l'on se place au point de vue législatif. Mais une pareille manière de procéder est contraire aux principes de l'interprétation des lois d'après lesquels l'interprète doit déterminer la signification du texte en recherchant l'intention du législateur, sans y substituer son propre désir. La disposition de l'art. 195, C. com., qui restreint la liberté du juge quant à la preuve de la vente des navires, n'a pas échappé aux tentatives d'interprétation arbitraires dont toutes les dispositions du même genre sont généralement l'objet.

[1] *Revue internationale du droit maritime*, 1890-91, p. 407.

Digitized by Google

On discute notamment sur le point de savoir si cette disposition s'applique dans les rapports entre le vendeur et l'acheteur d'un navire comme à l'égard des tiers. C'est cette question qu'a résolue la Cour de Caen. Elle la résout dans un sens favorable à la liberté des preuves. Elle indique, tout au moins dans les motifs de l'arrêt du 12 mars 1890, qu'entre les parties la vente du navire peut être prouvée autrement que par un acte authentique ou sous signature privée, qu'elle peut l'être par des livres de commerce, par la correspondance et généralement par des documents certains. Ces dernières expressions manquent de clarté. Elles semblent impliquer l'intention de la part de la Cour de Caen d'exclure, même dans les rapports entre les parties, la preuve par témoins.

Nous repoussons l'opinion consacrée par la Cour de Caen. La distinction qu'elle fait entre les rapports des parties l'une avec l'autre et leurs rapports avec les tiers n'a assurément pas sa base dans le texte de l'art. 195 qui exige un acte pour la vente d'un navire en termes absolus. La distinction peut-elle du moins s'appuyer sur les motifs de la loi ? Assurément on doit écarter l'application d'une disposition légale même conçue en termes généraux quand dans un cas donné les motifs de la loi font défaut : *Cessante ratione legis, cessat lex.* L'arrêt de la Cour de Caen affirme que les motifs qui ont fait exiger par l'art. 195, C. com., que la vente de navire soit prouvée par un acte authentique ou sous seings privés n'existent pas dans les rapports entre les parties. Quels sont donc ces motifs? La Cour de Caen ne donne pas sur eux même la moindre indication. Nous ne pouvons les apercevoir. Il nous semble, tout au contraire, que l'exigence d'un acte pour prouver la vente même entre les parties est conforme au but de l'art. 195. Qu'a voulu le législateur? Il a voulu empêcher que des contestations élevées sur des questions de vente et, par suite, de propriété de navires, ne missent obstacle à la navigation. Ce but doit conduire à exiger un acte authentique ou sous seings privés pour prouver la vente entre les parties aussi bien qu'à l'égard des tiers. Au reste, les partisans de la doctrine que nous combattons manquent complétement de logique. Si l'art. 195 ne concernait que les rapports avec les tiers, aucune disposition spéciale n'existerait relativement à la preuve des ventes de navires

Digitized by Google

dans les rapports entres les parties. Par suite, lorsqu'il s'agit d'une de ces ventes ayant le caractère commercial (elles l'ont presque toutes), la preuve devrait pouvoir, dans l'opinion de nos adversaires, se faire par tous les moyens, conformément à l'art. 109, C. com. Pourtant on s'accorde à reconnaître que la preuve par témoins est exclue même dans les rapports entre les parties.

L'opinion que nous adoptons implique seulement qu'un acheteur de navire ne peut pas prouver autrement que par un acte authentique ou sous seings privés qu'il est devenu propriétaire du bâtiment en vertu d'une vente. Mais nous croyons qu'il n'y a point d'obstacle à ce qu'il soit prouvé par tous les moyens qu'une personne a contracté envers une autre l'obligation de lui transférer moyennant un prix la propriété d'un batiment. Cela ne peut produire aucune incertitude sur le point de savoir qui est propriétaire. Nous avons eu l'occasion de soutenir cette dernière solution à propos d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 23 avril 1872 qui, consacrant le système de l'arrêt de la Cour de Caen que nous venons de critiquer, avait admis que la correspondance peut servir à prouver la vente d'un navire entre les parties [1].

Nous avons donné l'interprétation de l'art. 195 qui nous semble juste, mais nous n'entendons nullement approuver la règle qu'il a consacrée. Nous désapprouvons en général toutes les dispositions légales qui restreignent la liberté des preuves. Comme nous l'avons dit plus haut, elles ont les deux très graves inconvénients de servir d'aliment à l'esprit de chicane et de contraindre parfois le juge à rendre des décisions en opposition avec sa conviction et avec la vérité.

CH. LYON-CAEN.

DES FORMULES DE RÉDACTION DES LOIS CIVILES,

Par M. Gustave ROUSSET, conseiller à la Cour d'Aix.

(*Suite* [2])

IV.

153 articles ! La citation est longue, mais elle était nécessaire

[1] Voir notre note dans le *Recueil de Sirey*, 1872. 2. 185 et dans le *Journal du Palais*, 1872. 797.

[2] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1891, nouvelle série, tome XX, page 353.

Digitized by Google

pour démontrer, *de visu*, par le nombre, l'*identité persistante de construction* des plus clairs[1] articles de notre Code civil, en faire ressortir les particularités et pénétrer, si possible, la raison de leur clarté. Trois remarques sont en conséquence à faire ici, dans ce but.

I. — Il est tout d'abord évident que ces 153 articles concernent, tous, *les simples particuliers*, et que leur objet est de réglementer l'exercice de leur capacité juridique de contracter, de disposer de leurs biens, de leurs droits et de leurs personnes, plus en bref, de faire ces sortes d'actes privés ou publics qui, en cas de contestation ou d'opposition, ne sortissent leur plein et entier effet que par autorité de justice.

II. — Il n'est pas moins évident que tous ces articles sont d'ordre *prohibitif*. Le législateur y détermine, en effet, les stipulations, les contrats, les prétentions, les réclamations, les réquisitions, les dispositions et autres actes privés ou publics que *les particuliers ne peuvent pas se permettre*, indiquant ainsi le permis par le défendu.

III. — Quant à la forme, il y a lieu d'observer que tous ces articles sont rédigés suivant le même tour prohibitif dans la structure duquel on entrevoit quatre membres ou termes distincts savoir :

— En tête : *un nom*, un *pronom*, ou une *périphrase* désignant les personnes que la disposition régit, *son* SUJET, tels que : *nul*, *on*, les *femmes*, les *hommes*, les *mineurs*, les *majeurs*, les *créanciers*, les *héritiers*, les *donateurs*, les *débiteurs*, le *mari*, le *bailleur*, le *fermier*, etc., etc.

— A la suite : la locution « *ne peut* ou ne *peuvent* ».

— Puis son complément : *un verbe actif désignant l'acte prohibé*, lequel est toujours « *un acte à effet indirect* », c'est-à-dire

[1] Ce n'est pas à dire que ces 153 articles soient également clairs et irréprochables. Le tour de leur rédaction est en général rationnel, mais il en est qui, par l'insuffisance des verbes indiquant les actes prohibés ou d'autres incorrections de détails, sont obscurs et incomplets, et ont donné lieu à des difficultés. V. notamment, art. 6, 215, 217, 424, 600, 678, 783, 791, 843, 893, 1018, 1099, 1125, 1188, 1449, 1596, 1597, 1736, 1743, 1989, 2065, 2286, 2240.

Digitized by Google

un acte qui, en cas de difficulté, ne réalise ses effets que par autorité de justice, tels que : *contracter*, *recouvrer*, *réclamer*, *actionner*, *aliéner*, *disposer*, *stipuler*, *s'opposer*, *se prévaloir*, *prétendre*, *ester en justice*, *requérir*, *désavouer*, *adopter*, *céder*, *donner*, *louer*, *emprunter*, *transiger*, *hypothéquer*, *renoncer*, *prescrire*, *tester*, etc.

— Et enfin l'indication *des cas*, *conditions* ou *exceptions* des actes prohibés [1].

« *Nul* ou *un tel ne peut...* » Mais n'est-ce pas là aussi une véritable formule de rédaction, courte, simple, souple et forçant la pensée à s'exprimer nettement et clairement ?

Et si on veut bien maintenant considérer que les 153 articles ci-dessus transcrits sont de tous les articles du Code civil ceux qui ont le moins donné lieu à des controverses et à des difficultés *sérieuses*, ce dont on peut facilement se convaincre en feuilletant nos Codes annotés [2], on ne sera pas éloigné de penser que c'est à l'emploi de cette formule qu'ils doivent la clarté relative qui les distingue, si on tient compte surtout de ce fait que toutes les fois, et pour si peu, que les rédacteurs l'ont modifiée en l'employant, le texte a plus perdu que gagné à ses modifications.

V.

Modifications? — Ce mot veut une explication : quelles sont-

[1] Ces indications ne sont pas toujours placées à la fin des articles; elles sont quelquefois placées soit en tête, soit unies au sujet ce qui est une incorrection, soit après la locution « *ne peut* ».

[2] Sous les 153 articles, on compte le nombre ci-après d'annotations dans les Codes annotés de MM. Sirey, éd. 1862. Dalloz et Sirey, éd. 1882.

Pas d'annotation sous	25 articles.	6 articles.	14 articles.
De 1 à 5 annotations sous	66 —	28 —	48 —
De 6 à 10 annotations sous	31 —	20 —	25 —
De 11 à 20 annotations sous	19 —	38 —	27 —
De 21 à 50 annotations sous	11 —	36 —	28 —
De 51 à 100 annotations sous	1 —	15 —	10 —
De 101 à 200 annotations sous	0 —	10 —	1 —

Tandis qu'il en est sous lesquels figurent 300, 400, 600, 800 et même 1300 annotations.

Digitized by Google

elles? Les commentateurs n'en parlent pas; elles ne sont pourtant pas sans importance; — on nous excusera, en conséquence, de les signaler en passant. — Elles sont de quatre sortes différentes et ont, par suite, créé, dans notre Code civil, quatre autres sortes de dispositions construites sur la locution « *ne peut* ». En voici la très rapide énumération; — on y compte en effet;

1° Treize articles qui, après le mot *nul*, *on*, ou *le nom de la personne* (sujet), présentent, pour *complément* du verbe « *ne peut* » ou « *ne peuvent* », un verbe *passif*, au lieu d'un verbe *actif*. Exemple : « *Nul ne peut être contraint, forcé, tenu, admis, adopté, expulsé*, etc. Ou encore : *Nul ne peut être* témoin, tuteur, etc. — art. 37, 344, 432, 435, 442, 445, 797, 803 § 2, 815, 1243, 1343, 1704, 1749.

2° Quatre-vingt-huit articles qui, au lieu des mots : *nul*, *on* ou *un nom de personne*, ont, pour sujet, un nom d'acte, de fait, de chose, etc., et dont le complément du verbe *ne peut* est encore un verbe *passif*, au lieu d'un verbe *actif*, ainsi : les *établissements* ne peuvent *être considérés... le jugement* ne pourra *être attaqué... le mariage* ne peut *être attaqué... l'action en nullité* ne peut *être intentée... le testament* ne peut *être exécuté... Le droit de...* ne peut *être cédé... des jours* ne peuvent *être établis... la dot* ne peut *être aliénée*, etc., etc. — Art. 17 § 1, 100, 180, 182, 183, 185, 197, 225, 314, 323 § 2, 329, 335, 345, 346, 362, 364, 382, 398, 447, 460 § 2, 463, 498, 515, 545, 634, 677, 695, 728, 784, 839, 879, 921, 951 § 2, 955, 964, 968, 1000, 1028, 1035, 1071, 1074, 1081, 1087, 1115, 1134 § 2, 1186, 1237, 1238 § 2, 1344, 1345, 1359, 1360, 1362, 1368, 1369, 1443, 1451 § 2, 1543, 1554, 1595, 1672, 1677, 1715, 1856 § 2, 1866, 1871, 1918, 1922, 1925, 1940, *in fine*, 1941, 1981, 2052 § 2, 2062, 2065, 2111 § 2, 2124, 2126, 2127, 2129 § 2, 2171, 2205, 2210 § 1, 2213, 2215, 2216.

3° Vingt articles, avec nom *d'actes*, *de faits*, *de choses* ou *de fonctions* encore pour sujets et, pour complément du verbe *ne peut*, un verbe *actif* : Exemple : *la donation ne peut comprendre... la survenance d'enfant ne peut autoriser... La libéralité ne peut excéder... L'action ne peut commencer... la servitude ne peut s'acquérir... s'aggraver...* la *donation ne peut revivre...* la *so-*

Digitized by Google

ciété ne peut se former... la *violence ne peut fonder*, etc., etc. Art. 195, 327, 437, 642, 913, 943, 997, 1252, 1272, 1321, 1336, 1395, 1423 § 1, 1678, 1810, 2012, 2013, 2023, § 4, 2128, 2232, 2233.

4° Enfin vingt-huit articles avec un nom de *personnes*, ou les mots *nul* ou *on*, pour sujet et, pour complément de *ne peut*, un verbe *actif* indiquant, non point alors *un acte à effet indirect*, mais *un acte à effet immédiat* et *direct* qui une fois commis ne peut être que *puni* ou *réparé*, car son *annulation* n'en supprimerait pas les effets; Tels que : Le propriétaire ne peut *nuire*... L'enfant ne peut *quitter*... L'usufruitier ne peut *toucher*... Le voisin ne peut *pratiquer*... *enfoncer*... *ouvrir*... On ne peut *élever des digues*... *aggraver* la *servitude*... *changer le cours*... l'état des lieux... *mésuser*, etc. [1]. Art. 35, 374, 381, 382, 412 § 2, 437, 446 § 2, 592, 599, 640 § 1-2, 643, 662, 675, 678, 679, 701, 702, 1022 *in fine*, 1244, 1262, 1397, 1669 § 2, 1671 § 2, 1814, 1888, 1930, 1999 § 2, 2199.

On a peine à s'expliquer les *modifications* ainsi apportées à la formule dans la rédaction des 121 articles des n°s 1°, 2° et 3° ci-dessus, et son application aux 28 articles du n° 4°. Ceux-ci ne la comportaient pas (V. note sous le n° 4), mais les autres n'auraient rien perdu à la subir dans son intégrité, au contraire [2] :

[1] *On peut* si bien faire tout cela que, lorsque c'est fait, la loi ordonne de le défaire; il ne suffirait pas, en effet, de déclarer que c'est *nul* et d'en prononcer *l'annulation* pour en supprimer les effets; tandis que lorsqu'on fait une donation, un testament, un contrat, contrairement à la loi, il suffit de l'annuler pour empêcher qu'il produise aucun effet, — il est alors comme n'ayant jamais été. — C'est en cela que ces sortes d'actes, que nous avons dénommés à *effets indirects*, diffèrent des autres qui sont des *actes à effets immédiats et directs*. A la prohibition d'actes aussi différents ne pouvait dès lors convenir la même formule, et il est difficile d'excuser en ce point l'incorrection du législateur. Mais que penser des commentateurs qui n'ont pas trouvé là matière à critique? Que n'auraient-ils pas dit si les rédacteurs de nos Codes s'étaient permis des articles ainsi conçus : *nul ne peut voler le bien d'autrui, les filles ne peuvent tuer leurs nouveaux-nés... Le voisin ne peut escroquer son voisin?* Ce serait absolument la même chose, au point de vue de l'incorrection de la formule.

[2] La démonstration de ce point, article par article, serait trop longue; nous nous bornerons à signaler à ce sujet que, sous les 153 articles du § 3,

Digitized by Google

elle se serait aussi bien pliée à leurs dispositions qu'elle s'était pliée à celles des 153 articles du § 3; Ajoutons qu'elle se serait également pliée à la rédaction de tous les autres articles du Code contenant de *vraies lois civiles*[1]. Pourquoi ne la leur a-t-on pas appliquée? — Question.

VI.

Si les législateurs de 1804 n'ont pas étendu à tous les articles du Code civil réglant des cas identiques à ceux des 153 articles du § III, et qui en comportaient par suite l'application, la formule de ces articles, c'est que probablement ils ne s'étaient pas doutés de sa valeur et de sa supériorité.

Sa valeur, nous l'avons démontrée dans les études par nous publiées dans la *Revue critique de la législation* en 1857-1858; nous nous bornerons donc, ici, à faire seulement entrevoir que sa supériorité peut s'induire de ce que son emploi fait la clarté, et que cela résulte de ce que, dans nos Codes annotés, un petit nombre d'annotations se rangent sous lesdits 153 articles qui en ont bénéficié, alors qu'une multitude de questions, de controverses et de solutions se presse sous les autres[2]. A quoi, en effet,

à peu près rationnellement rédigés, on compte 1125 annotations dans le Code civil annoté de Sirey de 1862, et 1651 dans sa dernière édition de 1882, alors que, sous les 149 autres articles relevés ci-dessus et moins bien rédigés, on compte 1590 annotations dans la 1re édition de ces mêmes Codes et 1419 dans la 2me. Quant au Code civil de Dalloz, on y renvoie trop souvent les annotations d'un article sous un autre et aux 40 volumes de la *Jurisprudence générale*, pour que leurs totaux comparés puissent être concluants.

[1] Le Code contient en outre une masse d'articles rédigés suivant une infinité de formes assez fantaisistes qu'il serait aussi difficile de définir que de classer. Parmi ces articles, il en est un bon nombre qui ne sont pas de vraies *lois civiles*, en ce sens que leur objet n'est pas de déterminer les actes *à effets indirects* (contrats, donations, testaments, etc.), que les *simples particuliers* ne peuvent ou ne doivent pas se permettre. Nous nous expliquerons mieux plus loin à ce sujet sous le § 7.

[2] Dans le Code civil de Dalloz et sous 20 seulement des articles les moins conformes à notre système de rédaction, on compte 8315 annotations (articles 1, 2, 3, 896, 900, 910, 970, 972, 1002, 1103, 1347, 1351, 1382, 1384, 1553, 1832, 2102, 2148, 2185, 2186) et dans le Code civil de Sirey, édition

Digitized by Google

attribuer la clarté relative de ceux-là, sinon à la formule de leur rédaction? Cela peut tout au moins donner à réfléchir.

Quoi qu'il en soit, et pour apprécier maintenant jusqu'à quel point cette formule proscrit la controverse et ce qu'elle exigerait pour être améliorée ou complétée, examinons la nature des difficultés qu'ont, dans la pratique, soulevées les textes qui en ont subi la construction, en dehors, bien entendu, du vice des théories ou de la réglementation dont ils ont été l'expression, car ce sont là des questions *de fond*, et nous ne voulons envisager que les difficultés résultant des vices de la lettre.

Ces difficultés viennent toutes du doute sur le sens :

— Soit des *noms*, ou *périphrases* désignant *les sujets* de la disposition : — comprennent-ils ou non telles ou telles autres personnes ?

— Soit des *verbes* et *compléments* indiquant *les actes prohibés* : — excluent-ils ou non tels ou tels actes plus ou moins analogues ou rapprochés ?

— Soit des *mots* exprimant *les cas, conditions, exceptions* des actes prohibés : — disent-ils bien tout ce que le législateur a voulu dire ?

— Soit enfin sur la portée du verbe *ne peut*, non pas quant à son sens grammatical qui est archi-clair, mais quant à la nature de la sanction qu'il implique ou comporte.

En ce qui concerne l'impropriété ou l'insuffisance des *noms*, *périphrases*, *verbes*, *compléments*, etc., de la prohibition, ce sont là des vices provenant, non de la formule, mais de la manière de la remplir, c'est-à-dire de l'insuffisance des scribes de la rédaction qui, faute de savoir ou de largeur de vues, n'ont pas toujours su trouver le mot juste [1]; ils l'auraient trouvé avec plus

1882, sous 20 articles encore, pris parmi les moins bien rédigés, on trouve 4670 annotations (art. 1, 2, 3, 14, 899, 910, 972, 1133, 1351, 1356, 1382, 1383, 1557, 1690, 1907, 2102, 2135, 2185, 2148)... alors que, sous les 153 articles du § 3, on en compte 4481 dans Dalloz et 1651 au plus dans Sirey.

[1] Ex. : si on a mis « *obliger* » au lieu de « *contracter* », *fonds dotal* au lieu de « *biens dotaux* » etc., ou si on a omis le mot *hypothéquer* après le mot *aliéner*, etc.

Digitized by Google

de réflexion. La pratique, qui peut seule révéler ces infirmités de la lettre, fera seule aussi découvrir les expressions propres à les corriger : — question de mots, affaire du temps et des hommes.

Quant aux difficultés relatives à la sanction du verbe *ne peut*, ce sont les seules qui viennent de la formule ; nous devons nous y arrêter et, pour les apprécier, nous bien mettre en regard des actes qui tombent sous la réglementation des lois et viennent à les violer dans leur *ne peut*.

VII.

Qu'est-ce que la loi ? — Pour les citoyens *simples particuliers*[1], « la loi est une règle d'actions extérieures formulée par le légis-

[1] Il n'existe, dans l'ordre social, que deux sortes de réalités juridiques, capables de droit, de devoir et de lois, à savoir : *les simples citoyens* et *les fonctionnaires*. C'est là un point dont la démonstration quasi mathématique a été faite dans nos articles publiés en 1857-1858 par la *Revue critique*.

— L'individu existe, de par la nature, avec un pouvoir propre d'action et d'inaction : *la liberté*; il est *sui juris*, il est son maître; c'est un fait.

— Le fonctionnaire, au contraire, n'existe que par la loi, avec un pouvoir délégué d'action; il est *alieni juris*. Comme la loi l'a créé, il n'est, et ne peut que par elle, elle est son maître.

Étant son maître, elle a droit de le diriger et pour cela de lui *commander*. C'est pourquoi la loi, par rapport aux fonctionnaires, est et doit être *impérative*, impérative d'actes utiles au but social; tandis qu'à l'égard du *simple particulier*, la loi n'a, sur sa liberté, qu'un droit : le droit de lui interdire les actes jugés par elle contraires à ce but. D'où il suit que *ce qui n'est pas commandé aux fonctionnaires leur est interdit* et que *ce qui n'est pas défendu aux citoyens leur reste permis*; c'est pourquoi encore les lois des citoyens, c'est-à-dire les *lois civiles*, ne peuvent être que prohibitives et se construire sur la formule « *ne peut* ».

Voici, en conséquence, la définition *erga omnes* du mot loi : « *La loi est une règle d'action formulée et sanctionnée par le législateur défendant aux citoyens les actes contraires et commandant aux fonctionnaires les actes utiles au but social*. » Cette définition, *per genus et speciem*, est plus exacte que toutes celles données jusqu'ici et qui s'en tiennent au *per genus*. (V. au surplus nos articles précités de la *Revue critique* 1857-1858 où toutes les propositions ci-dessus se trouvent, nous le répétons, quasi mathématiquement démontrées).

Digitized by Google

« lateur, leur défendant, sous une sanction appropriée, les actes « qu'il estime contraires au but social. »

Ces actes, malgré leurs diversités, peuvent tous, à raison de leurs effets, qui doivent, ici, être seuls envisagés, (car c'est par leurs seuls effets, que nos actes violent les lois), ces actes, disons-nous, peuvent se distribuer en deux groupes bien distincts, à savoir :

1° En actes ayant par eux-mêmes *des effets immédiats et directs* qui, tels que les vols, les coups, les diffamations, les dégradations et constructions illicites, etc., réalisent *ipso facto* une lésion de droit, un préjudice matériel ou moral. La loi les a, suivant leur gravité, désignés par les qualifications : de *crimes*, *délits*, *contraventions*, *quasi-délits*.

2° Et en actes n'ayant par eux-mêmes que *des effets indirects*, c'est-à-dire qui, en cas d'opposition, ne réalisent leurs effets que par le concours de la loi ordonnant aux juges et à ses agents d'en imposer l'exécution forcée. Nous voulons parler des lois privées des citoyens : *les contrats*, *les donations*, *les testaments*, *les demandes et réclamations en justice*, et autres actes privés et publics, ainsi que les *quasi-contrats*.

Des actes aussi différents ne sauraient comporter ni des lois de même structure, ni des sanctions de même nature ; — Les actes du premier groupe sont l'objet des lois pénales ou quasi pénales [1]; ceux du deuxième font l'objet des lois civiles proprement dites.

Les sanctions des lois pénales et quasi pénales ne peuvent consister qu'en des *peines* et des *réparations*, on connaît leurs formules.

Quant aux lois civiles, leurs sanctions ne peuvent consister que dans *l'annulation* des actes prohibés. Sanction seule efficace et logique, — car, comme en cas d'opposition, ces actes ne réalisent leurs effets que par le concours de la loi et de ses agents, il est tout naturel qu'elle se refuse à ceux qu'elle prohibe, qu'elle les frappe ainsi d'impuissance et de mort; les juges saisis les

[1] Nous entendons par là les dispositions réprimant les quasi-délits tels que les art. 1382-1384, etc., du Code civil et autres lois.

Digitized by Google

déclareront nuls et ils seront alors comme s'ils n'avaient jamais été.

Seulement une distinction est à faire : ces actes, le législateur peut avoir à les interdire, soit dans l'intérêt général d'une manière *absolue*, soit d'une manière *relative*, dans un certain intérêt privé; de là deux sortes de sanctions civiles, savoir :

— *Les nullités absolues*, d'ordre public, que les parties et tous les intéressés pourront requérir et les magistrats accorder même d'office;

— Et *les nullités relatives*, d'ordre privé, que les parties dans l'intérêt desquelles l'acte est prohibé auront seules qualité pour faire prononcer.

La jurisprudence et la doctrine sont, ici, très unanimes à demander que la lettre de la loi manifeste clairement le genre de nullité qui la sanctionne. Il s'ensuit qu'en ce point la rédaction des lois aurait, pour être logique et complète, à couler ses textes dans deux formules différentes.

— L'une pour les lois civiles d'ordre public à sanction de nullité absolue.

— L'autre pour les lois civiles d'ordre privé, à sanction de nullité relative.

Les rédacteurs du Code civil n'ayant employé en cette matière qu'une formule unique, — cette formule est, en conséquence, parfaitement insuffisante; — il a été, au surplus, reconnu à cet égard, par tous les commentateurs, que la locution « *ne peut* », ayant été alternativement appliquée à des prohibitions d'ordre public et à des prohibitions d'ordre privé, n'avait pas la signification que lui avait attribuée Dumoulin : *negativa preposita verbo « non potest » tollit potentiam juris et facti*[1]; qu'elle impliquait tantôt la *nullité absolue* et tantôt la *nullité relative*[2], et que c'était là, par suite, une expression équivoque dont le législateur devrait bien, un jour, mieux fixer le sens.

[1-2] Laurent, *Principes*, t. I, n° 61. « Le mot *ne peut* devrait par lui seul emporter nullité sans que la loi eût autrement besoin de la prononcer. » N° 71. « Le mot ne peut implique les actes nuls, inexistants. » Voir aussi n° 66.

Digitized by Google

VIII.

Il serait très facile de satisfaire sur ce point les *desiderata* de la théorie et les vœux des légistes ; il suffirait, pour cela, de réserver la locution « *ne peut* » pour la rédaction des lois prohibitives d'ordre public, en y attachant la sanction de nullité absolue sans que le texte eût à l'édicter chaque fois lui-même, et d'adopter la locution *ne doit* pour la rédaction des lois civiles d'intérêt privé, en y attachant la sanction de nullité relative, sans qu'il fût besoin de le dire autrement.

NUL OU UN TEL... NE PEUT... NUL OU UN TEL... NE DOIT...

Rien de plus rationnel que ces deux formules : — elles rendraient, avec concision et simplicité, les idées caractéristiques et différentielles des deux sortes de lois civiles.

Nul ne peut, proclamerait l'impuissance absolue de l'agent ; son infraction serait un excès de pouvoir qui entraînerait nécessairement la nullité absolue de son acte, son inexistence juridique.

Nul ne doit dirait l'impuissance relative de l'agent, son infraction ne serait pas un acte au-dessus de son pouvoir, mais un simple abus contraire à *un devoir* qui n'entraînerait par suite que la nullité relative de son acte... relative à celui à l'égard duquel il ne *devait* pas se produire, et cela sans qu'il fût besoin de le dire, car si ce que *nul ne peut* ne peut être et se former, ce que *nul ne doit* ne doit être et demeurer.

IX.

Ces deux formules sont simples et souples ; il ne faut pas croire cependant qu'elles pourraient se plier à toutes les dispositions contenues dans le Code civil ; — non, mais cela ne viendra pas de ce qu'elles manqueraient d'ampleur ou de souplesse ; — cela viendra uniquement de ce que chaque *Ordre de lois* [1] à sa for-

[1] Nous avons démontré, dans nos articles précités de la *Revue critique* de 1858, qu'il n'y avait que 7 ordres de lois ayant chacun leur formule de rédaction.

Digitized by Google

mule propre ne s'adaptant qu'aux lois de cet Ordre, que toutes les dispositions du Code civil ne sont pas des *lois civiles*, et qu'il en est même qui ne sont pas de véritables *lois* [1].

Cela est malheureusement ainsi : — ce grand Code civil, autrefois si vanté, tenu si haut ! — on commence à reconnaître que ce n'est un chef-d'œuvre ni d'ordre, ni de clarté, — qu'il manque d'unité, d'homogénéité, et présente, à côté de vraies lois civiles régissant les simples particuliers, les seules qu'il dût contenir, un fouillis d'articles appartenant à tous les Ordres possibles de lois ; — que n'y trouve-t-on pas en effet ?

— Tantôt des lois pénales ou quasi-pénales [2] ;

— Tantôt des lois de procédure civile et criminelle [3] ;

— Puis des lois administratives [4] ;

— Même des principes de législation, des règles d'ordre constitutionnel [5].

Que n'y rencontre-t-on pas encore ?

— Ici, des dispositions d'ordre et de division des matières, comme si un Code était un livre de droit [6] ;

— Là, des définitions avec des règles d'interprétation et d'équité [7] ;

[1] Voir plus loin l'indication des articles du Code civil qui ne sont pas des lois, et l'article intitulé *du fait* et *du droit* publié par M. Thiercelin, avocat à la Cour de cassation, dans le journal *le Droit* le 11 avril 1855.

[2] Art. 4, 17, 21, 50 à 52, 68, 76, 136, 157, 192 à 195, 308, 413, etc. etc.

[3] Art. 99, 100, 101, 112 à 138, 176 à 179, 315 à 321, 323 à 330, 353 à 360, 368, 369, 405 à 412, 414 à 420, 421 à 423, 427 à 430, 432 à 441, 446 à 449, 451 à 456, 458, 460, 468, 480, 489 à 506, 613, 793 à 800, 811 à 842, 888 à 892, 921, 930, 939 à 941, 1007, 1008, 1011, 1016, 1315 à 1369, 1382, 1384, 1950, etc. etc. — Quelques-uns de ces articles concernant les simples particuliers seraient pourtant excusables dans le Code civil, mais il aurait fallu les rédiger suivant la formule des lois civiles par un autre tour donné à leur conception.

[4] V. art. 9, 13, 34 à 98, 165 à 171, 375 à 384, etc. etc.

[5] V. art. 2, 3, 7, 8, 340 § 1, 713.

[6] V. art. 389, 417, 494, 516 a 519, 526, 527, 537, 543, 551, 576, 639, 645, 649 à 652, 687 à 689, 711 à 717, 735, 814, 1002, 1107, 1118, 1370, 1387, 1581, 1584, 1715, 1779, 1801 à 1803, 1872, 1874, 1916, 1987, 2100, 2104, etc. etc.

[7] V. art. 117, 146, 212, 213, 312, 371, 388, 516 à 519, 526, 527, 529,

Digitized by Google

— Plus loin, des dispositions usuelles de certains contrats plus dignes d'un manuel de notaire que du livre des lois, et qui, de par leur texte même,[1] n'étant pas obligatoires pour les parties, ne sont des lois que lorsque les parties veulent bien les accepter comme telles et n'en préfèrent pas d'autres[2];

— Enfin, ce qu'il est difficile de comprendre, des lois qui n'en sont pas : des *lois permissives!* Comment s'expliquer, en effet, l'alliance de ces deux termes si contradictoires! *Lois*, c'est-à-dire, *règle obligatoire*; — et *permissive*, c'est-à-dire qui *n'oblige pas;* conçoit-on une obligation qui n'oblige pas, ou une permission qui oblige? Ils sont pourtant nombreux dans le Code civil les articles qui sont construits sur la locution permissive « *on peut* » et qui par suite n'ont ni *sanctions*, ni *force obligatoire*[3], ni rien d'une loi.

533 à 535, 544, 546, 552, 578, 637, 645, 725, 736 à 739, 894, 895, 1003, 1010, 1101 à 1106, 1133, 1134, 1136, 1168 à 1171, 1173 à 1175, 1181, 1183, 1370, 1371, 1540, 1541, 1574, 1582, 1604, 1652, 1702, 1709, 1800, 1804, 1821, 1832, 1841, 1874, 1892, 1915, 1949, 1956, 1964, 2044, 2071, 2072, 2114, 2118, 2219, 2228.

[1] V. notamment art. 1387, 1393, etc.

[2] V. art. 212, 213, 1108 à 1114, 1119, 1120 à 1126 et 1131, 1136, 1142, 1156 à 1164, 1176, 1179, 1181, 1182 et suiv., 1190, 1200 et la plupart des articles des contrats de vente, de louage, de mandat etc. etc.

[3] V. art. 14, 15, 45, 120, 123 *in fine*, 126 § 3, 133, 184, 188, 191, 229 à 231, 312, 313, 325, 330 à 332, 329, 360 § 2, 377, 382, 391, 406 *in fines* 431, 433, 434 § 2, 440, 448 § 2, 449, 468, 580, 581, 593, 595, 599 § 3, 618, 622, 632, 641, 644 § 2, 646, 647, 656 à 658, 660, 661, 663, 672, 676, 682, 744, 778, 781, 789, 815 § 2, 816, 817, 820, 821, 826, 841, 845, 867, 869 § 2, 878, 882, 887, 891, 902, 919, 930, 932 § 2, 935 § 2, 936, 941, 951, 967, 969, 1025 à 1027, 1075, 1076, 1079, 1082, 1084, 1091, 1094, 1096 § 1, 1121, 1127, 1130, 1154, 1166, 1167, 1191, 1224, 1236, 1294, 1358, 1447, 1449 § 2, 1458, 1464 1495, 1497, 1500, 1514, 1526, 1542, 1582 § 2, 1584, 1592, 1627, 1654, 1664 à 1666, 1670, 1671, 1713 à 1715 § 2, 1772, 1794, 1802, 1816, 1859 § 2°, 1861-1909, 1948, 1957, 1959, 1968, 1971 à 1973, 1976, 1985, 1990, 2004, 2007 2036, 2046, 2047, 2099, 2193, 2204, 2215, 2224, 2225, 2242. — Ces 155 articles sont construits sur la locution « *on peut..* » ou *tels* ou *tels peuvent...* ou encore, *tels* et *tels actes peuvent être...* ils ne sauraient par suite se plier à une rédaction avec la formule contraire « *on ne peut* »; ce n'est pas dire et nous ne prétendons pas que la locution « *on peut* ou *tels* ou *tels actes peuvent* » soit absolument incorrecte et inacceptable, loin de là, mais elle n'est

Digitized by Google

On doit, ici, comprendre que de pareils textes, n'ayant rien de prohibitif, ne pourraient se couler dans les formules si nettement prohibitives que nous avons ci-devant proposées, lesquelles ne sont adaptables qu'à des dispositions prohibant *des actes à effets indirects*, c'est-à-dire à de *véritables lois civiles*. Inutile d'insister plus sur ce sujet.

Il nous reste maintenant à démontrer que ces formules sont parfaitement applicables à des articles du Code civil autres que ceux auxquels ses rédacteurs les ont appliquées. Le meilleur moyen de le démontrer nous semble être de le montrer par le fait, autrement dit de faire la preuve par une épreuve.

Nous avons, en conséquence, appliqué ces formules à la rédaction à nouveau de tous les articles *de lois civiles* compris dans les quatre premiers titres du Code civil qui ne sont pas abrogés, — nous les donnons ci-après, — on jugera.

Titre préliminaire.

Publication. — Effets et application des lois en général.

Art. 1. — Nul ne peut contester la force obligatoire des lois régulièrement promulguées.

correcte et admissible *qu'à la suite* d'une prohibition générale, et *comme exception*, pour en mieux fixer les limites. Ainsi, supposons que le législateur estime nécessaire l'interdiction d'une certaine classe d'actes et qu'il soit, toutefois, des cas où ces actes ne soient pas contraires à ses vues; il commencera peut-être par les prohiber *tous*, après quoi il ajoutera, en manière d'exception, « *toutefois en tel cas, ou sous telle et telle condition, on pourra faire, consentir, passer tels et tels de ces actes.* » Cette forme serait alors parfaitement rationnelle et correcte : mais là où elle ne l'est pas, c'est lorsque on l'emploie, ainsi que l'ont trop souvent fait les légistes du Code civil, en *dehors de toute prohibition non précédemment formulée*, et qu'il faut alors supposer être restée *sous-entendue* dans le cerveau du législateur. C'est là un procédé vicieux, car il oblige *à induire* la prohibition générale non formulée de l'exception formulée par la locution « *on peut* », et à faire dire implicitement au législateur que *tout ce qui n'est pas permis est défendu*, alors que c'est le contraire qui est la règle. Il vaut donc mieux dire bien nettement ce que l'on interdit, que de le laisser à deviner d'après une exception isolée et comme en l'air. La loi ne doit jamais être une énigme.

Digitized by Google

Nul ne peut alors exciper ou se prévaloir de leur ignorance après les délais ci-après de leur publication, savoir :

— Dans le département de la Seine, un jour après celui de leur promulgation.

— Dans les autres départements : après ce même délai augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois 10 myriamètres entre le lieu de la promulgation et le chef-lieu du département.

Art. 2. — Nul ne peut, contre une loi existante, se prévaloir d'une loi abrogée.

Nul ne peut cependant exciper ou se prévaloir d'une loi nouvelle :

— Soit contre un acte légalement fait avant la mise en vigueur de cette loi;

— Soit en faveur d'un acte illégalement fait avant elle.

Sauf toutefois dispositions contraires de cette loi nouvelle.

Art. 3. — Nul ne peut contre une loi[1] française exciper ou se prévaloir d'une loi étrangère ou de sa qualité d'étranger.

Nul ne peut davantage en exciper ou s'en prévaloir :

— Soit contre l'exécution, en France, d'un acte étranger non contraire aux lois françaises;

— Soit en faveur d'un acte étranger ou fait à l'étranger contraire à ces lois.

Sauf toutefois dispositions contraires des lois et traités.

Art. 4 et 5. — *Ces deux articles ne sont pas des lois civiles ; le fond de leurs dispositions pourrait faire l'objet de deux lois pénales.*

Art. 6. — Nul ne peut, par convention, déroger aux lois pénales, ni aux lois civiles à formule *Nul ou N... ne peut,* ni obliger un fonctionnaire ou agent de la loi à contrevenir aux lois de leurs fonctions[2].

Art. 6 *bis.* — Nul ne peut demander l'annulation d'un acte

[1] Cet article consacrant le principe de la souveraineté des lois françaises, le mot loi y est pris dans son sens le plus général et comprend les lois de police, de sûreté et toutes autres lois.

[2] Les lois énumérées en cet article sont les lois *d'ordre public ;* les mots « par *convention* » sont trop étroits.

Digitized by Google

qu'on ne peut ou *qu'on ne doit* pas se permettre que les personnes ci-après[1] :

I. — Pour les actes *qu'on ne peut*,

— Les parties ;

— Tous individus y ayant intérêt ;

— Le ministère public ou même d'office les juges saisis.

II. — Pour les actes qu'*on ne doit pas* se permettre : ceux dans l'intérêt desquels l'acte était prohibé.

LIVRE I : DES PERSONNES.

Titre I. — De la jouissance des droits civils.

Art. 7. — Nul ne peut renoncer à sa capacité civile, non plus qu'à tout ou partie de la jouissance de ses droits civils ou civiques[2].

Art. 8. — Nul ne peut prétendre au bénéfice des lois françaises que les individus ci-après, savoir :

1° Les français ;

2° Et les étrangers admis au domicile en France.

Les étrangers non admis à ce domicile ne doivent prétendre à ce bénéfice que dans les cas où ce bénéfice leur est concédé par les lois ou des traités.

Art. 9. — Nul ne doit contester la qualité de français aux individus ci-après savoir[3] :

1° Aux individus nés d'un père français ;

2° Aux individus nés de mères françaises et de pères inconnus ;

[1] Article ajouté pour réaliser les sanctions attachées aux formules « *nul ne peut* et *nul ne doit.* » (V. *suprà*, § 7 et 9).

[2] C'est la seule prohibition d'actes à effets indirects que nous ayons pu extraire des idées qui confinent l'art. 8 du Code civil. La renonciation qui est ci-dessus prévue serait, si elle venait à se produire, frappée de nullité absolue.

[3] La locution *ne doit* est ici plus logique que celle de *ne peut :* en effet, en cas de contestation, la partie contestée sera présente pour soutenir ses droits et demander la nullité de la contestation dont elle sera l'objet ; pas n'est besoin d'en charger le ministère public au moyen de la formule « *ne peut* ».

Digitized by Google

3° Aux individus nés en France de pères et mères inconnus ;

4° Aux individus qui, nés en France de pères et de mères étrangers, nés eux aussi en France, n'auront pas réclamé la qualité d'étrangers[1].

5° Aux individus qui, nés d'un étranger lequel, après leur naissance, aura été naturalisé français, auront réclamé la qualité de français ;

6° Aux individus nés d'un ex-français, ou d'une ex-française et de père inconnu, lorsqu'ils auront recouvré la qualité de français ;

7° Aux ex-français ou ex-françaises ayant recouvré la qualité de français ;

8° Aux femmes étrangères mariées à des français ;

9° Aux étrangers naturalisés français, ou annexés ;

10° Aux étrangers ayant obtenu la qualité de français par l'art. 9 *bis*.

Art. 9 *bis*. — Nul ne peut réclamer la qualité de français que les individus ci-après, savoir :

1° Les individus nés en France d'un étranger ;

2° Les individus nés à l'étranger d'un étranger qui, après leur conception ou naissance, s'est fait naturaliser français ;

Ils ne pourront toutefois obtenir cette qualité que sous les conditions suivantes :

A. — En cas de résidence en France :

1° De se présenter devant le maire de leur résidence de 21 à 22 ans à moins que :

— Ils n'aient servi dans l'armée française,

— Ou tiré au sort sans exciper de leur qualité d'étranger,

— Ou qu'une année ne se soit pas écoulée depuis que leur père ou mère a recouvré ou obtenu la qualité de français ;

Auxquels cas ils pourront se présenter audit maire même après 22 ans ;

2° Et de réclamer devant lui la qualité de français en lui déclarant vouloir se fixer en France.

[1] Nous ne rédigeons à nouveau que l'art. 9 du Code civil sans nous occuper de la loi du 26 juillet 1889 qui l'a modifiée en ce point.

Digitized by Google

B. — Et dans le cas où ils résideraient à l'étranger :

1° De remplir les mêmes conditions devant le consul français de leur résidence ;

2° De s'engager par écrit devant lui à fixer, dans l'année, leur résidence en France ;

3° Et de tenir leur engagement.

Art. 10. — Nul ne peut recouvrer la qualité de français que les individus ci-après, savoir :

1° Ceux qui l'ont perdue ;

2° Et leurs enfants,

Ces derniers ne pourront la recouvrer que sous les conditions de l'art. 9 *bis;*

Les premiers ne pourront la recouvrer qu'à partir du jour où ils auront rempli la double condition suivante, savoir :

1° D'être rentrés en France avec l'autorisation du chef de l'État ;

2° Et d'y avoir fixé leur domicile, en déclarant au maire du lieu que leur intention est de se fixer dans sa commune et qu'ils renoncent à toutes distinctions contraires aux lois françaises.

Les uns et les autres ne devront d'ailleurs se prévaloir de la qualité de français ainsi recouvrée que pour l'exercice seulement des droits ouverts à leur profit après accomplissement des conditions ci-dessus (art. 20)[1].

Art. 11, 12 et 13. — *Compris dans les art. 8 § 3, 9 § 8, 8 § 2 et art. 19.*

Art. 14. — Les Français ne doivent citer un étranger devant les tribunaux français, que pour les causes ci-après, savoir :

1° Pour exécution d'obligations (civiles ou commerciales) par lui contractées (ou assumées) envers eux, soit en France, soit à l'étranger ;

2° Pour réparation de préjudices par lui causés par crime, délit, contraventions, délits civils ou quasi-délits commis soit en France, soit à l'étranger.

Art. 14 *bis.* — Les étrangers admis à domicile ne doivent citer

[1] Ce dernier paragraphe ne s'applique pas aux bénéficiaires de l'art. 9 *bis*, l'art. 20 du Code civil ne visant pas l'art. 9, question controversée.

Digitized by Google

un français ou un étranger devant les mêmes tribunaux que pour les mêmes causes.

Art. 15. — Les étrangers non admis à domicile en France ne doivent actionner devant les tribunaux français, ni Français, ni étrangers, sauf pour les causes ci-après, savoir[1] :

1° Actions réelles concernant des immeubles situés en France;

2° Réparation de préjudices causés par crime, délit, contravention, délit civil, ou quasi-délit commis en France;

3° Et pour affaires commerciales.

Art. 16. — Les étrangers demandeurs ou intervenant devant les tribunaux français, ne pourront requérir jugement qu'à charge par eux d'avoir fourni bonne et valable caution pour le payement des frais et dommages-intérêts, — au cas où les défendeurs, français ou étrangers, viendraient à la demander avant toute défense au fond; — à moins que :

1° Il ne s'agisse d'une affaire commerciale;

2° Le demandeur ne possède en France des immeubles suffisants;

3° Par traité, le demandeur ne soit dispensé de la caution *judicatum solvi*, auxquels cas caution ne pourra être exigée.

Art. 17. — *Au fond loi pénale ne comportant pas la formule des lois civiles.*

Art. 18. — *Compris en l'art. 10 ci-dessus.*

Art. 19. — Les françaises mariées à des étrangers ne pourront, durant leur union, se prévaloir de leur qualité originaire de françaises.

Elles ne pourront en recouvrer le bénéfice qu'après la dissolution de cette union et à charge par elles des conditions suivantes :

1° De se trouver en résidence en France au moment de cette dissolution.

2° Et dans le cas contraire :

— De rentrer en France avec l'autorisation du chef de l'Etat,

[1] Article ajouté pour suppléer à une lacune ou omission du législateur en ce point.

Digitized by Google

— Et de déclarer au maire de la commune où elles veulent résider leur intention de fixer leur domicile en France.

Elles ne devront d'ailleurs se prévaloir de la qualité de françaises ainsi recouvrée que pour l'exercice seulement des droits ouverts à leur profit après l'accomplissement des conditions ci-dessus (art. 20).

Art. 19 *bis*. — Hors les cas des art. 9 et 10, les étrangers ne peuvent acquérir la qualité de français que par la naturalisation et l'annexion.

Les femmes étrangères ne peuvent, en dehors des cas ci-dessus, l'acquérir que par leur mariage avec des français.

Art. 19 *ter*. — Nul ne peut, en France, recouvrer la qualité d'étranger que les individus, nés en France, de père ou mère étrangers qui seraient, eux aussi, nés en France, et à charge par eux :

1° De réclamer la qualité d'étranger devant le maire de leur résidence et ce dans l'année de leur majorité ;

2° Ou d'exciper de la qualité d'étranger lors de leur tirage au sort.

Art. 28 et 21. — *Compris dans les art. 9, 10 et 19, ci-dessus.*

Art. 20 et 22. — *Sur la mort civile. — Abrogés.*

Titre II. — Des actes de l'état-civil.

Art. 34 et 44. — *Presque tous les articles de ce titre ayant pour objet de tracer aux agents municipaux ce qu'ils ont à faire pour la rédaction et la tenue des actes de l'état-civil, sont des lois de procédure administrative qui par suite ne comportent pas l'application de la formule des lois civiles. — Nous en avons toutefois extrait trois articles de lois civiles.*

Art. 45, 46, 47, 48, 49. — Nul ne peut prouver la naissance ou le décès d'une personne, ou les dates et lieux de ces naissances ou décès, que par les moyens de preuves ci-après :

I. — Pour les naissances et décès en France ou sur navires français en mer :

1° Par la production d'une copie des actes de l'état-civil déli-

Digitized by Google

vrée et légalisée par les gardiens dépositaires légaux de ces actes;

2° A défaut, en cas de non rédaction, soustraction ou destruction de ces actes, par titres, et notamment par les écrits émanés des père et mère décédés ou même par témoins.

II. — Pour les naissances et décès à l'étranger :

1° Par la production d'une copie des actes étrangers équivalents, rédigés et délivrés conformément aux lois du pays ; — ou de la copie des actes de l'état-civil rédigés et délivrés par les consuls français conformément à la loi française ;

2° Et ainsi qu'il est dit au n° 2 ci-dessus pour les mêmes cas.

Art. 58 à 55. — *Sanctions.* — *Au fond lois pénales.*

Art. 56 à 61. — *Articles de procédure administrative pour constat des naissances.*

Art. 62. — *Articles de procédure administrative.* — *Actes de reconnaissance d'enfant.*

Art. 62 *bis* (art. 56, 61, 77 à 87). — Nul ne peut réquérir la constatation d'une naissance ou d'un décès qu'en remplissant les conditions suivantes :

I. — De se présenter en personne ou par fondé de pouvoir spécial, avec deux témoins mâles et majeurs, devant le maire du lieu et ce :

— Dans les 3 jours de la naissance ;

— Dans les 24 heures du décès ;

II. — Et de lui déclarer, pour les naissances :

1° Les jour, heure, lieu ;

2° Le sexe de l'enfant en le lui présentant ;

3° Les prénoms à lui donner ;

4° Et les nom, prénoms, profession et domicile de ses père et mère, s'ils sont mariés, sinon de celui ou de celle qui le reconnaît pour son fils ou sa fille, si connus ;

5° Et les noms, professions et domiciles des déclarants et témoins.

III. — Et pour les décès, de déclarer audit maire :

1° Les jour, heure et lieu ;

2° Les nom, prénoms, profession, domicile du décédé, les

Digitized by Google

date et lieu de sa naissance, si connus, ou son âge approximatif;

3° Les noms et domiciles de ses père et mère, si connus;

4° Les noms, profession et domicile du conjoint de la personne décédée, si connus;

5° Les noms, professions et domiciles du déclarant et des témoins.

Art. 63 à 76. — *Rédaction des actes de mariage : articles de procédure administrative.*

Art. 76 *bis*. — Nul ne peut prouver le fait, la date et le lieu de la célébration d'un mariage que par les modes de preuves ci-après, savoir :

I. — Pour les mariages célébrés en France, ou par un consul français :

1° Par la production d'une copie de l'acte de célébration délivré et légalisé conformément à la loi française;

2° Ou par les modes de l'art. 194 dans les cas du n° 2 de l'art. 45 ci-dessus;

II. — Pour les mariages célébrés à l'étranger par des fonctionnaires étrangers;

a) S'il y a moins de trois mois que les époux sont rentrés en France :

1° Par la production d'une copie de l'acte de célébration dressée et délivrée conformément aux lois du pays;

2° A défaut, par les modes de preuves de l'art. 194 dans les cas du n° 2 de l'art. 45.

b) Et s'il y a plus de trois mois que les époux sont rentrés en France :

1° Par la production de la copie de l'acte de transcription sur le registre de l'état civil du lieu de leur domicile de l'acte de célébration du mariage à l'étranger en exécution de l'art. 174;

2° A défaut, par les modes de preuve de l'art. 45, n° 2, dans les cas qu'il prévoit.

Art. 77 à 98. — *Ces articles concernant les naissances, décès et inhumations à l'armée et en mer sont des articles de procédure administrative ne comportant pas en conséquence l'application de la formule des lois civiles.*

Digitized by Google

Rectification des actes de l'état civil.

Art. 9 et 100. — Nul ne peut demander la rectification d'un acte de l'état civil que les personnes ci-après, savoir :

1° Les personnes intéressées,

2° Et les magistrats du ministère public;

Ils ne pourront la demander que devant le tribunal du lieu où l'acte a été dressé et pour les causes suivantes :

1° Rectification d'une mention inexacte ;

2° Radiation à faire d'une mention inutile ;

3° Addition à faire d'une indication exigée par la loi et omise;

4° Rectification de falsifications, ou altérations ou de fausses énonciations faites après coup en l'acte [1].

Art. 101. — Nul ne doit se prévaloir d'un jugement de rectification d'un acte de l'état civil contre ou pour ceux qui ne l'ont pas requis, ou qui n'ont pas été appelés dans l'instance.

Titre III. — Du et des domiciles.

Art. 102. — Nul ne doit prétendre que le domicile réel des personnes, en France, ne se trouve pas dans le lieu ci-après, savoir :

— Soit au lieu où se trouve leur principal établissement ;

— Soit au lieu où elles auront transféré ce domicile ;

— Soit, en certains cas, au lieu déterminé par la loi.

Nul ne peut d'ailleurs se constituer plus d'un domicile réel.

Art. 103 à 105. — Nul ne peut prouver qu'il a transféré son domicile réel d'un lieu dans un autre s'il ne justifie pas :

1° Par témoins ou autrement, d'une habitation réelle et continue dans le lieu où le domicile est prétendu transféré ;

2° Et de l'intention de s'y fixer en prouvant cette intention :

— Soit par les circonstances,

— Soit par la production d'une copie de sa déclaration de

[1] Nous n'avons pas fait entrer dans la rédaction de cet article les parties des art. 99 et 100 du Code civil, concernant la procédure, l'appel et l'inscription du jugement sur les registres, ce sont là des dispositions de *procédure judiciaire* qui, comme les articles de *procédure administrative*, ne comportent pas l'application de la formule des *lois civiles*, V, § IX.

Digitized by Google

changement de domicile, faite au maire de la commune qu'il a quittée et au maire de la commune où le domicile est prétendu transféré.

Art. 106 à 109. — Nul ne doit contester que le domicile réel des personnes ci-après ne soit aux lieux ci-après :

1° Des fonctionnaires inamovibles : au lieu du siège de leurs fonctions;

2° Des autres fonctionnaires : au lieu du domicile réel qu'ils avaient avant leurs fonctions, s'ils n'ont manifesté intention contraire;

3° Des femmes mariées, même séparées : au domicile de leurs maris;

4° Des mineurs non émancipés : au domicile de leurs père, mère ou tuteur;

5° Des interdits : au domicile de leurs tuteurs;

6° Des majeurs servant ou travaillant habituellement chez autrui : au domicile des personnes chez qui ils travaillent ou servent, tant qu'ils demeurent avec elles dans la même maison.

Art. 110. — Nul ne doit introduire une demande en justice concernant une succession que devant le tribunal du lieu où le défunt avait son domicile réel.

Art. 111. — Nul ne peut se constituer un ou plusieurs domiciles élus distincts de son domicile réel que pour l'exécution des contrats « ou actes » qu'il fait.

Nul ne doit, dans ce cas, prétendre que ce n'est pas au domicile élu que doivent se faire les significations relatives à « ces actes et contrats », et au tribunal de ce domicile que doivent être portées les actions concernant ces actes.

Nul ne doit se constituer ainsi un ou plusieurs domiciles élus que par une déclaration dans l'acte ou par acte séparé accepté par les parties.

Titre IV. — Des absents[1].

Art. 112 à 114. — Nul ne peut demander qu'il soit

[1] Presque tous les articles de ce titre sont des lois de procédure, indiquant la marche à suivre pour obtenir tel ou tel jugement. Lorsqu'on veut tourner

Digitized by Google

pourvu à l'administration des biens d'un individu qui a cessé de paraître à son domicile que les personnes ci-après, savoir[1] :

1° Ses héritiers présomptifs, ses parents, son conjoint ;

2° Les créanciers ou tous autres intéressés,

3° Et les magistrats du ministère public.

Ils ne devront former cette demande que par requête au tribunal du dernier domicile du disparu, et à charge de justifier[2] :

1° Que cet individu a disparu;

2° Qu'il n'existe ou n'existe plus personne chargé de gérer ses biens ;

3° Qu'on n'a pas de ses nouvelles ;

4° Que son existence est devenue incertaine ;

5° Et qu'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de ses biens.

Ils ne pourront toutefois obliger le tribunal à statuer qu'à la condition de conclure en leur requête[1] :

1° A ce que le disparu soit déclaré absent présumé;

2° A ce qu'il lui soit nommé un administrateur de ses biens;

3° A ce que le tribunal ordonne telle autre mesure qu'il jugera utile ;

4° Et à ce que, si besoin est, il soit par le tribunal désigné et commis :

— Un juge pour compulser les livres, titres, et papiers du disparu,

— Et un notaire pour le représenter dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels il serait intéressé.

Art. 115 à 119. — Nul ne peut demander que l'absence d'un présumé absent soit déclarée que les personnes ci-après, savoir[1]:

les lois de cet ordre en lois civiles, c'est-à-dire formuler prohibitivement les conditions et formalités qu'elles imposent aux citoyens pour saisir les juges et les obliger à statuer, il faut nécessairement autant d'articles que de phases de procédure et que chaque article dise les formalités à remplir pour saisir et obliger les juges; et on aboutit forcément à des articles fort longs... c'est ce qui explique et justifie la longueur des articles de ce titre.

[1] Le « *ne peut* » de ces deux paragraphes implique la nullité absolue de la demande formée par d'autres individus et des requêtes non conformes.

[2] Le « *ne doit* » implique la nullité relative de la demande non conforme.

Digitized by Google

1° Ses héritiers au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles;

2° Tous ayant des droits subordonnés à son décès : donataires, légataires, etc. ;

3° Et son conjoint à défaut de parents habiles à succéder (article 140).

Ils ne devront former cette demande que par requête au tribunal du dernier domicile ou résidence du disparu, à charge par eux de prouver, contradictoirement avec le ministère public et pièces à l'appui[1] :

I. — *Dans le cas où le disparu a laissé une procuration pour gérer ses biens,* — qu'il s'est écoulé 10 ans depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles.

II. — *Dans le cas où il n'en a pas laissé,* — qu'il s'est écoulé 4 ans depuis les mêmes époques.

Ils ne pourront toutefois obliger le tribunal à statuer qu'à la condition de conclure en leur requête à ce qu'avant dire droit, le tribunal ordonne par jugement et aux frais du disparu[2] :

1° Qu'il sera, contradictoirement avec le ministère public, et par tel juge à commettre, procédé dans l'arrondissement du dernier domicile ou résidence du disparu, — à une enquête pour constater son absence ;

2° Que le jugement qui l'ordonnera sera, par le parquet, transmis au ministre de la justice pour être inséré au *Journal Officiel;*

3° Et qu'il ne sera statué sur les fins en déclaration d'absence qu'un an après ce jugement ainsi rendu public.

Art. 120 à 125. — Nul ne peut requérir un jugement déclaratif d'absence et demander l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent que les personnes ci-après, savoir[2] :

1° Ses héritiers au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles ;

[1] Le « *ne doit* » de ces paragraphes implique nullité relative des requêtes non conformes.

[2] Le « *ne peut* » de ces paragraphes implique nullité absolue des requêtes non conformes.

Digitized by Google

2° Ses légataires, donataires et tous ceux ayant des droits subordonnés à son décès ;

3° Et son conjoint à défaut de parents habiles à lui succéder (art. 140).

Ils ne devront requérir ce jugement et former leur demande que par requête au tribunal ayant ordonné l'enquête, et à charge de justifier avec pièces à l'appui [1] :

1° Qu'une année s'est écoulée depuis le jugement d'enquête ;

2° Qu'il a été inséré au *Journal Officiel;*

3° Et que l'enquête a constaté les fins pour la constatation desquels elle avait été ordonnée :

Ils ne pourront toutefois obliger le tribunal à statuer qu'à charge de conclure :

1° A ce que le présumé absent soit définitivement déclaré absent ;

2° A ce que son testament, s'il en existe, soit ouvert et exécuté ;

3° A être, en conséquence, envoyés en possession provisoire de la part leur revenant de tous ses biens au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, à charge de donner caution et de faire inventaire des objets mobiliers.

4° Et à ce que le tribunal ordonne, toujours aux frais de l'absent :

— La vente, s'il y a lieu, de tout ou partie du mobilier, et l'emploi du prix, ainsi que des fruits échus ;

— Et le cas échéant et pour leur sûreté personnelle, que l'état des immeubles sera constaté par expert dont le rapport sera homologué.

Néanmoins, et au cas où l'époux commun en biens de l'absent interviendrait, et déclarerait opter (provisoirement) pour la communauté et vouloir l'administration de ses biens, — Lesdits demandeurs ne devront obtenir ledit envoi provisoire que si ledit conjoint se désiste et rétracte son option [2].

Art. 124. — Nul ne peut s'opposer à l'envoi en possession

[1] Le « *ne peut* » de ces paragraphes implique nullité absolue des requêtes non conformes.

[2] Nullité relative de l'envoi obtenu contrairement à ce paragraphe.

Digitized by Google

provisoire des biens d'un absent que son conjoint commun en biens et sous les conditions suivantes[1] :

1° D'intervenir dans l'instance ;

2° Et de déclarer : — qu'il opte pour la continuation (provisoire) de la communauté et qu'il entend prendre ou conserver, par préférence, l'administration de tous les biens de son conjoint absent, — sous cette réserve, à laquelle il ne pourra renoncer, de rétracter plus tard, si bon lui semble, son option et de se dessaisir de l'administration desdits biens.

La femme commune ne peut d'ailleurs, en optant ainsi pour la communauté, renoncer à son droit d'y renoncer ensuite.

Le conjoint commun en biens ne devra, d'autre part, demander et obtenir la dissolution provisoire de la communauté et l'exercice de ses reprises et de ses droit légaux et conventionnels, qu'à charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution.

Art. 125, 126. — Nul ne doit prétendre se mettre en possession des biens d'un absent, à titre d'envoyé en possession, qu'après avoir rempli les conditions suivantes[2] :

1° D'avoir fait inventaire du mobilier, des papiers et titres de l'absent en présence du procureur de la République ou d'un juge de paix par lui requis ;

2° D'avoir fait agréer, par le tribunal, caution bonne et valable de sa future gestion, ou, à défaut, suffisante hypothèque en garantie.

Il ne pourra, toutefois, faire constater, aux frais de l'absent, le médiocre ou mauvais état de ses immeubles pour n'être pas présumé les avoir reçus en bon état, qu'à la condition d'obtenir du tribunal de leur situation, leur vérification par un expert commis à cet effet et l'homologation de son rapport en présence du procureur de la République.

Art. 126, § 2 et 128. — Les administrateurs et envoyés en possession provisoire des biens d'absents ne doivent ni les aliéner,

[1] Nullité absolue de l'opposition faite contrairement à cet article.

[2] Nullité relative de la demande de mise en possession si les conditions ne sont pas remplies.

Digitized by Google

ni hypothéquer, ni consentir aucun acte de disposition des biens et droits desdits absents, sans y avoir été autorisés par justice.

Ils ne doivent ni vendre ni faire vendre tout ou partie de leurs biens meubles qu'à la condition :

1° D'en faire ordonner la vente par le tribunal;

2° Et de faire emploi du prix et des fruits échus.

Ils ne peuvent faire et consentir, sans autorisation de justice, que des actes de conservation et d'administration et à charge d'en rendre compte.

Ils ne doivent, au surplus, après la déclaration d'absence, se refuser à défendre en leur nom personnel et pour la part des biens qu'ils gèrent, aux actions des créanciers desdits absents (art. 134).

Art. 130-131. — Les administrateurs et envoyés en possession provisoire des biens d'absents ne devront point prétendre continuer leur administration ou possession dans les cas ci-après qui y mettront fin, savoir :

1° En cas de preuve acquise de la vie ou du décès de l'absent;

2° Au cas où son conjoint commun en biens prendra l'administration de tous ses biens (art. 124);

3° Au cas où le tribunal aurait accordé l'envoi en possession définitive desdits biens à d'autres ayant-droit.

Ils ne devront pas non plus prétendre pouvoir abandonner leur gestion, sans :

1° Avoir rendu compte;

2° Et avoir pris toutes mesures conservatoires, en attendant que l'absent, son conjoint ou ses ayant-droit en prennent possession.

Art. 129. — Nul ne peut demander et obtenir l'envoi en possession définitive des biens d'un absent que les personnes ci-après, savoir :

1° Ses héritiers présomptifs;

2° Tous ayant des droits subordonnés à son décès : légataires, donataires, etc.;

3° Et son conjoint à défaut de parents habiles à succéder (article 140).

Ils ne devront former cette demande que par requête au tribunal qui a déclaré l'absence et à charge par eux de justifier :

Digitized by Google

1° Que leurs droits ne sont ni déchus, ni prescrits ;

2° Qu'il s'est écoulé plus de trente ans depuis le jugement déclaratif d'absence ou cent ans depuis la naissance de l'absent;

3° Et que ledit absent n'a plus ni paru, ni donné de ses nouvelles.

Ils ne pourront toutefois obliger le tribunal à statuer qu'à la condition de conclure en leur requête :

1° A être envoyés en possession définitive de la part leur revenant de tous les biens et droits de l'absent pour en jouir et disposer comme de leur bien propre;

2° A ce qu'il soit dit que, par le fait seul du laps des trente ans ou des cent ans, les cautions de l'envoi en possession provisoire se trouvent déchargées;

3° Et, pour le cas où le tribunal le jugerait utile, à ce qu'une enquête soit ordonnée pour la constatation des faits.

Art. 130-131. — Nul ne peut, contre les envoyés en possession provisoire ou définitive, demander le partage avec eux de cet envoi, ou à leur être substitués exclusivement, que les personnes ci-après, savoir :

1° Les enfants ou descendants directs de l'absent à un degré égal ou plus rapproché, à moins qu'il ne se soit écoulé trente années depuis l'envoi en possession définitive;

2° A leur défaut, les autres successeurs de l'absent à un degré égal ou plus rapproché, ou tous autres qui, par la découverte d'un testament postérieur à celui qui a été ouvert, seraient, en concours avec lesdits envoyés en possession, ou, à leur exclusion, investis des droits qui leur avaient valu l'envoi en possession.

A moins que trente ans ne se soient écoulés, depuis la date prouvée du décès de l'absent survenu au cours de l'envoi en possession provisoire; ou depuis l'envoi en possession définitive, si cette date n'est pas établie.

Art. 130-132-133. — Les envoyés en possession des biens d'absent ne peuvent pas prétendre à la possession exclusive de ces biens, ni prétendre qu'elle n'a pas pris fin de plein droit dans les cas ci-après, savoir :

1° Découverte d'un testament postérieur à celui qui a été ou-

Digitized by Google

vert et révoquant les droits qui leur avaient valu l'envoi en possession;

2° Survenance d'héritiers de l'absent d'un degré plus rapproché ou égal réclamant la restitution des biens ou le partage de leur possession;

3° Ou enfin le retour de l'absent ou s'il donne de ses nouvelles.

Ils ne pourront, en aucun cas, s'opposer à ce que l'absent de retour se remette en possession de ses biens, en l'état où ils sont;

Au cas ou l'absent viendrait à décéder dès son retour ou après avoir donné de ses nouvelles, lesdits envoyés en possession ne pourront contester la restitution de ses biens à ses enfants ou descendants directs d'un degré préférable, ou leur partage, s'ils sont avec eux de même degré.

Dans le cas où la date du décès de l'absent resterait incertaine, lesdits envoyés en possession ne pourraient contester le partage ou la restitution de ses biens que dans les cas suivants, savoir :

1° A l'égard des enfants et descendants directs de l'absent de même degré ou d'un degré préférable, que si trente ans sont écoulés depuis l'envoi en possession définitif;

2° A l'égard de tous autres successeurs ou ayant-droit de l'absent, que si trente ans se sont écoulés depuis l'envoi en possession provisoire.

Art. 127 et 130. — L'absent ou ses héritiers, dans le cas où sa succession se trouverait ouverte par son décès prouvé, — ne devront, — en revendiquant ses biens des administrateurs ou envoyés en possession qui les détiennent, rien réclamer de plus sur les revenus, que les portions ci-après : 1/5, si leur possession a duré moins de quinze ans; 1/10, si elle a duré plus, et rien, si ellle a duré trente ans.

Art. 131-132. — L'absent de retour ou ses héritiers ou ayant-droit, ne devront, en recevant ses biens ou ce qui en reste dans l'état où ils sont,

— Ni contester aux envoyés en possession définitive de ses biens le droit qu'ils avaient d'en jouir et disposer comme de leurs biens propres;

— Ni leur demander compte : soit de leur gestion, soit de l'é-

Digitized by Google

tat des immeubles, soit des servitudes ou hypothèques ou autres charges dont ils ont grevés ;

— Ni des aliénations qu'ils ont pu en faire ;

— Ni prétendre à autre chose qu'au prix des biens vendus, ou aux biens provenant de l'emploi de ce prix, ou au profit qu'ils en ont retiré, — à charge de leur tenir compte des dépenses par eux faites pour grosses réparations, et pour les améliorations ayant donné une plus-value :

Le tout à moins de dol ou de fraude.

Art. 133. — *Compris en l'art. 130.*

Art. 134. — Après le jugement de déclaration d'absence, ceux qui auront des droits à exercer contre l'absent ne pourront les poursuivre que contre les envoyés en possession de ses biens ou ceux qui en auront l'administration.

Art. 135. — Nul ne peut réclamer, au nom ou au profit d'un absent, un droit qui lui serait échu ou qui serait ouvert à son profit pendant son absence qu'à la condition de prouver :

1° Qu'il a qualité pour agir ;

2° Et que l'absent vivait au moment même où le droit lui est échu, ou s'est ouvert à son profit.

Art. 136. — Les co-successibles d'un individu dont l'existence est incertaine ne peuvent recueillir une succession à laquelle ils sont avec lui appelés, qu'à la condition de prouver :

1° Que son existence n'est pas reconnue ;

2° Et qu'ayant droit de concourir avec lui au partage de cette succession, s'il était vivant, ils ont droit de la recueillir s'il ne l'est pas.

Art. 137, 138. — L'absent de retour, ou ses héritiers ou ayant-droit, en cas de son décès prouvé, ne pourront répéter les droits et successions ouverts à son profit pendant son absence, que si leur droit à les répéter n'est pas éteint par la prescription.

Ils ne devront pas alors, en répétant ces droits et successions, répéter les fruits perçus de bonne foi par ceux qui auront recueillis ces droits et successions.

Digitized by Google

DES EFFETS DE L'ABSENCE SUR LE MARIAGE ET LA SURVEILLANCE DES ENFANTS.

ART. 139. — Nul ne peut attaquer le mariage du conjoint qui s'est remarié pendant l'absence de son conjoint, que ce dernier lui-même ou son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence.

ART. 140. — *Compris en l'art. 115, n° 3, et 120, 3°.*

ART. 141. — Nul ne peut contester à la femme de celui qui a disparu, laissant des enfants mineurs, communs, le droit de les surveiller et d'exercer tous les droits du mari quant à leur éducation et administration de leurs biens.

ART. 142, 143. — Nul ne peut prétendre exercer cette surveillance sur les enfants mineurs dont le père a disparu et dont la mère est décédée, que les personnes ci-après :

1° Les ascendants les plus proches desdits mineurs ;

2° Et, à leur défaut, le tuteur provisoire qui leur sera nommé ;

A la condition :

— Que 6 mois se seront écoulés depuis la disparition du père ;

Et que le conseil de famille leur aura confié la surveillance desdits mineurs.

X.

Cet essai avait un double but : — Le premier, de démontrer l'applicabilité des formules *ne peut* et *ne doit* à des articles du Code civil, autres que ceux auxquels ses auteurs les ont appliquées ; — le second, de montrer la précision à laquelle leur emploi forcerait la pensée législative à se plier[1], et la clarté qu'elle y gagnerait.

Ce double but est-il atteint ? J'aime à le croire ; c'est peut-être une illusion ; on s'en fait à tout âge. — Quoi qu'il en soit, trois remarques pour finir.

Avec le système actuel de la législation, les rédacteurs, moins préoccupés de déterminer nettement les actes qu'il s'agit d'en-

[1] En l'obligeant à sortir du vague des abstractions et des généralités où l'on se complaît un peu trop.

Digitized by Google

lever à la liberté [1] des particuliers, que d'édifier un *tout* plus ou moins didactique « et *de grand air* », mettent uniquement leur gloire, après l'avoir divisé plus ou moins *doctrinalement*, à y entreposer, en style ou phrases dogmatiques, des *généralités* qu'on décore du nom de *principes*, en laissant aux citoyens le soin de deviner, et aux légistes, celui de découvrir, quels actes se trouvent, par là, prohibés, et quels autres, non ; — ce qui n'est pas toujours facile. — C'est là, plus ou moins, livrer à la jurisprudence l'œuvre de la législation ; dangereux! — la loi ne doit être ni un rébus, ni une énigme.

Notre système serait tout le contraire : — La loi est destinée à régir les masses ; c'est donc surtout des masses que le législateur doit viser à être compris; il n'en sera compris que lorsque, sortant des *généralités*, il s'appliquera à formuler nettement, et *un à un*, les actes qu'il entend interdire, en laissant, aux légistes, le soin de déduire de l'ensemble de ses prohibitions, leurs motifs de raison et de justice pour en faire apprécier la sagesse, et l'utilité ; voilà tout.

Ce système pourra quelquefois aboutir à faire plus long, — mais ce n'est pas en faisant court que l'on fait clair, (exemple l'art. 2 du Code civil sous lequel on compte 613 annotations dans le Code annoté de Dalloz). — C'est en faisant clair que l'on fait court. — L'idéal serait de faire clair et court, j'en conviens, — mais c'est l'idéal.

GUSTAVE ROUSSET.

DE LA PROPRIÉTÉ ET DES SERVITUDES RURALES D'APRÈS LA LOI DE 1791,

(*Suite* [2])

par M. Ferdinand JACQUES, docteur en droit,
ancien président du Tribunal d'Avignon, correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

IV. — *Du parcours.*

61. Le parcours également appelé *entrecourse et marchage*, est

[1] Car c'est l'unique but des lois civiles, en vue desquelles nous nous sommes placé en cette étude.

[2] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, tome XIX, nouvelle série, pages 492, 549, 626 et 1891, tome XX, page 88.

Digitized by Google

une espèce de servitude réciproque entre deux paroisses ou communes voisines qui consiste à envoyer paître le bétail sur leur territoire respectif en temps de vaine pâture. « Ce qui donne lieu à ces conventions, dit La Poix de Fréminville, sont la proximité et souvent le mélange de ces territoires qui se croisent, et s'étendent les uns dans les autres souvent même par parties séparées, en sorte qu'ils ne peuvent, quelquefois, profiter seuls des herbages qui leur appartiennent sans passer les uns sur les autres [1]. » C'est surtout pour obvier à ces inconvénients, qui s'appliquent à la vaine pâture comme au parcours, qu'ont été instituées ces associations de pâturages. Cette servitude, qui présuppose l'existence de la vaine pâture, met en relation non des individus, mais bien des communes, qui, après entente préalable, versent dans une espèce de société les droits qui compètent à l'ensemble de leurs habitants. La compascuité est la base sur laquelle on opère et sans laquelle on nepeut rien édifier.

Le même auteur ajoute, et invariablement on répéte après lui, que la *réciprocité est de l'essence du parcours* et que chaque paroisse doit avoir sur sa contre-partie des droits absolument identiques. Cette donnée, juste en principe, n'est pas d'une rigueur mathématique, puisque d'après les anciennes traditions le mot parcours pouvait s'appliquer même à des droits individuels établis à titre privatif et sans réciprocité, au profit soit de particuliers, soit de communautés d'habitants. Cela est si vrai que Fournel sous le mot parcours s'en occupe d'une manière spéciale à ce point de vue exclusif et que la coutume de Bourgogne (tit. 16, art. 103), tout en déclarant que : « La coutume du parcours n'est tenue ou réputée générale, réserve lesdroits qu'aucuns particuliers du dit comté de Bourgogne ont accoutumé d'avoir *les uns sur les territoires des autres*. » Dans ces conditions, on le voit, les particuliers et les paroisses pouvaient être investis de droits de cette nature sans que la réciprocité existât. Seulement il est permis de se demander si le mot parcours n'est pas, ici, détourné de sa véritable signification ; et si ces charges ne doivent pas, dans ces

[1] V. *Pratique des Terriers*, t. 3, p. 486. Parcours vient du mot latin *percursus*.

Digitized by Google

cas spéciaux, être considérées comme de véritables servitudes soumises aux règles du droit commun? Fournel, en reconnaissant que le parcours établi entre *les héritages particuliers constitue de la vaine pâture*, montre très bien que telle est sa manière de voir. On conçoit dès lors que le législateur moderne ait conservé à ce mot sa signification propre et restreinte, qui seule est en harmonie avec l'origine de l'institution et le but qu'on lui a de tout temps assigné, c'est-à-dire la suppression des entraves qui découlent du mélange et de l'enchevêtrement des territoires mis en commun.

62. Cette vérité ressortira mieux encore en traitant des moyens acquisitifs. Anciennement on en admettait trois : le titre, la loi, et la posession immémoriale.

Le titre est la base la plus naturelle et la plus solide de ce droit; pour l'avenir c'est la seule sur laquelle il puisse reposer. Il fait évidemment connaître les considérations qui ont motivé l'accord et probablement aussi les fondements sur lesquels il sera assis. Il stipule, le cas échéant, la réserve de certains pâturages, ou tout au moins la faculté de mettre temporairement en défense une portion plus ou moins notable des pâtures communales. La situation, sous ce rapport, était fort claire, les municipalités contractantes ne pouvaient traiter que sur les objets appartenant à la collectivité, soit sur les résidus formant le patrimoine de la vaine pâture; ils se les communiquaient et concédaient réciproquement tels qu'ils compétaient à l'ensemble des habitants, mais rien de plus, le maître du sol n'étant pas mêlé à ces agissements, son droit ne devait subir aucune atteinte; il restait donc le lendemain ce qu'il était la veille. La pratique, toutefois, lors qu'elle se trouvait en présence d'un titre ne s'inclinait pas toujours devant cette notion juridique et soulevait parfois des luttes et des discussions interminables.

Les concessions de cette nature, pour être irréfragables, exigeaient une autre intervention, celle du seigneur haut justicier sans le concours duquel on ne pouvait établir de pareilles affectations. En admettant même que cette qualité dominante fût contestée ou écartée, comme premier habitant le seigneur n'en conservait pas moins une action prépondérante. Son consentement,

Digitized by Google

au surplus, n'a pas besoin d'être exprès, il peut être tacite et résulter de cette circonstance qu'une redevance ayant été réservée à son profit, il a consenti à la recevoir. De la sorte il approuve et ratifie le contrat, bien qu'il n'ait pas pris part à son élaboration; c'est ce que déclare en termes très formels la coutume de Nevers (tit. 17, art. 10). Cette redevance représente, dans certaines limites, le droit de souveraineté dont les seigneurs se prétendaient investis. Elle n'est pas sans analogie avec celle que, dans les provinces romaines, on payait à l'Etat pour pouvoir profiter de pâturages publics [1].

La Loi, ou plus exactement un bon nombre de coutumes, érigeaient le parcours en servitude générale et de droit commun; celle de Sedan est formelle à cet égard; son art. 302 dispose ainsi qu'il suit : « Les habitants de deux villages voisins tant en général que particulièrement, peuvent mener ou faire mener leur bétail en vaine pâture les uns sur les autres [2]. » Le statut local équivalait donc à un titre dont tous les intéressés pouvaient se prévaloir. Cette servitude légale était forcément réciproque et rigoureusement renfermée dans le cercle tracé à la vaine pâture.

62 (*bis*). A côté de ces deux procédés acquisitifs on en place un troisième qui était, en quelque sorte, un trait d'union et pouvait, suivant les circonstances, faire valoir l'un ou l'autre. La possession immémoriale réveille, en effet, deux idées différentes, elle remplace un vieux titre qui a réellement existé, ou permet par une possession indéfiniment prolongée d'acquérir un droit équivalent à celui qui est basé sur un texte ayant force de loi.

A une époque où l'écriture était peu répandue et la conservation des actes mal assurée, il était naturel de leur accorder une protection efficace en conférant à une possession de très longue durée la valeur d'un titre. Pour être utile cette possession devait être plus que séculaire et dépasser les souvenirs les plus loin-

[1] V. au Digeste le titre *Communia prædiorum* et au Code, *De pascuis publicis et privatis*.

[2] V. La Poix de Fréminville, t. 3, p. 487. Il cite plus de 15 coutumes contenant des dispositions semblables. Melun, art. 303; Troyes, art. 169; Châlons, art. 266; Orléans, art. 145; Sens, tit. 11, art. 146; Bourgogne, art. 103, etc.

Digitized by Google

tains des personnes vivantes. Ses éléments variables et assez mal définis suscitaient des procès ruineux et des débats sans fin qu'il était difficile d'éviter. La coutume de Nivernais, dans l'article déjà cité, indiquait un moyen commode de sortir d'embarras, c'était la prestation d'une redevance qui, payée de vieille date, constatait à la fois le droit du seigneur et des usagers.

Lorsque le procès s'engageait au fond, il fallait s'armer de patience et être jeune pour espérer d'en voir la fin. Les jurisconsultes et à leur tête Dumoulin, en vue de simplifier le plus possible, conseillaient de se mettre résolument sous l'égide du titre, en invoquant une convention dont on n'a conservé que le souvenir, l'instrument ayant été détruit, perdu ou égaré. Dans ces conditions les enquêtes et les preuves ne jouaient plus un rôle prépondérant; on fouillait le parcellaire local, les actes privés, les actes publics, les réglements sur la dépaissance et les compascuités pour y puiser quelques indications, quelques énonciations propres à appuyer les affirmations des demandeurs; et plus antique était la mention, plus elle avait de valeur en vertu de la maxime *in antiquis enonciativa probant.* Ce mode de procéder, qui tendait à confondre les deux idées que nous venons de mettre en relief, fait mieux comprendre les motifs qui ont déterminé le législateur moderne à exiger, dans tous les cas, la production du titre.

La possession immémoriale, au surplus, n'opérait pas sur tout le sol français, elle n'avait guère cours dans le midi, et spécialement, elle était inutile aux coutumes assez nombreuses qui admettaient l'acquisition des servitudes discontinues à l'aide de la prescription ordinaire. Ce procédé est, sans doute, plus expéditif, mais on ne doit pas perdre de vue que les servitudes de cette nature dérivent généralement de la tolérance et que pour échapper à ce vice originel il faut des actes de résistance, de protestation et d'interversion, manifestant avec évidence la volonté d'agir comme maître, de posséder *pro suo.* Des affirmations vagues, des protestations non suivies d'effet, sont insuffisantes pour infirmer la présomption de précarité. La possession immémoriale ne requiert pas des actes aussi accentués, son antiquité est son premier passeport; il suffit qu'aucun fait caractérisé et saillant ne se

Digitized by Google

soit produit pour l'infirmer et la ramener dans les liens de la tolérance.

63. La loi rurale a-t-elle modifié cet état de chose? Rien de prime abord ne semble le supposer. L'idée première reste la même et le parcours constitue après comme avant une servitude conventionnelle. Mais comme il n'était pas possible de faire abstraction du passé, on respecte les exceptions consacrées par les coutumes, elles continuent à représenter la servitude légale qui marche côte à côte avec la contractuelle, et se trouvent également régies par la section IV de la loi de 1791. Quant à la possession immémoriale, elle est l'objet de controverses greffées sur les derniers mots de l'art. 2.

Du moment où le parcours n'était pas fondé sur un titre, il restait sous l'empire des lois et des statuts locaux. Le but que poursuit le législateur en maintenant provisoirement le parcours, est de restreindre son application bien loin de l'étendre; c'est sans doute pour éviter cet écueil qu'il n'a pas parlé de la possession immémoriale, dont le cercle d'action était fort étendu; mais seulement d'une *possession autorisée par la loi ou les coutumes.* Pour que la servitude de parcours puisse s'acquérir de cette façon, il suffit d'une coutume ou d'un usage certain permettant directement ou indirectement cette acquisition à l'aide d'une possession plus ou moins prolongée, même par la prescription ordinaire, si elle était considérée comme suffisante pour obtenir un pareil résultat.

Telle paraît être, à mon avis, l'opinion de Proudhon (n° 3674) qui admet qu'une interversion de titre bien caractérisée conduit à la prescription en matière de parcours et de vaine pâture. Il ajoute que la possession fondée sur la coutume doit être constante et légale, une abstention prolongée la ferait perdre malgré le titre et le texte le plus formel. Ce qui revient à dire que le titre, la loi et aussi une coutume certaine et incontestée confèrent un droit qui doit être entretenu et vivifié par la possession. L'art. 2 s'adapte à cette double hypothèse, elle protège la servitude fondée sur une possession suffisante, mais elle la laisse évanouir par le non usage si la possession a cessé de la faire valoir.

Cette interprétation n'est pas admise par le président Cappeau (t. I, p. 53); d'après lui, la possession immémoriale a cessé d'exis-

Digitized by Google

ter en matière de parcours depuis la loi de 1791. Il veut tout d'abord que cette possession soit fondée sur un texte formel, une loi générale ou locale, et qu'elle se soit réalisée d'une manière effective, *sans exiger que cette possession soit aussi longue que celle qui est requise pour établir la servitude de la vaine pâture.* En somme il faut une injonction législative claire et précise, sa mise en pratique par la possession, et enfin une possession dont on ne fixe pas la durée, la loi étant muette à cet égard. Je me demande alors comment il se fait qu'on s'arrête à une possession vague et indéfinie, au lieu de s'attacher à la possession immémoriale, ou simplement, comme Proudhon, à la prescription ordinaire. Ici, comme partout ailleurs, la loi est par elle-même constitutive d'un droit; pour qu'il fût compromis, il faudrait que tous les intéressés s'abstinssent en même temps, ce qui n'est pas admissible en matière de compascuité. Par contre, si une disposition précise fait défaut, si la possession n'est fondée que sur un usage reconnu mais non écrit, alors le droit peut se consolider à l'aide d'une possession plus ou moins prolongée en tenant compte de l'usage spécial et de sa réglementation locale. Cette interprétation est en parfaite harmonie avec l'art. 2, non seulement il ne proscrit pas la possession immémoriale, mais sa disposition finale en implique au contraire la conservation par la raison fort simple qu'elle est *autorisée par les lois et les coutumes.*

D'un autre côté il ne faut pas oublier que le parcours porte sur les objets soumis à la vaine pâture et que du moment où un fonds est acquis à l'un, il profite également à l'autre. Il suffit donc qu'une réciprocité établie sur des bases identiques existe entre deux communes pour que, de part et d'autre, la servitude soit assise sur un fondement légal et juridique; de cette façon la loi locale est respectée sans que le parcours ni la possession immémoriale obtiennent une plus grande extension.

64. En somme les art. 2 et 3 se rapprochent quelque peu, sans toutefois se confondre. La vaine pâture, qui représente le droit commun, admet sans restriction la possession immémoriale, alors que le parcours qui *n'est pas de coutume générale* ne la subit qu'exceptionnellement et à la faveur d'un texte précis. Cette différence en fait surgir une autre qu'il importe de

Digitized by Google

mettre en relief : le parcours est-il directement établi par la loi ou la coutume? la possession ne constitue qu'un mode d'exercice du droit. Est-elle, au contraire le résultat d'une possession plus ou moins prolongée? C'est celle-ci qui devient l'élément constitutif du droit, lequel n'existe et ne se trouve consolidé que par la prescription. Sans doute que dans ces deux hypothèses l'acquisition provient de la loi ; seulement au premier cas elle l'impose d'une manière directe et immédiate, tandis que dans l'autre elle permet de l'acquérir à la suite d'une possession régulière et légale. Ici c'est la possession qui opère par l'expiration du délai ordinaire, là c'est la loi elle-même qui imprime instantanément à la servitude toute sa vitalité.

Nos art. 2 et 3 restent debout, mais subissent la modification édictée par l'art. 691 du Code civil qui abolit la possession immémoriale. En l'état il ne reste comme moyen acquisitif de ces servitudes que le titre et la loi. Si maintenant on se demande en quoi ces procédés diffèrent, nous sommes autorisé à répondre, qu'en matière de parcours, tout se réduit à une question de forme. Que ce droit soit fondé sur un titre, ou bien sur les lois et coutumes locales, le cadre reste le même, il est exactement renfermé dans les limites assignées à la vaine pâture, en réalité c'est une servitude greffée sur une autre. Si le titre se prête plus facilement à des réserves portant sur des redevances, ou certains cas de défensabilité, il faut bien reconnaître aussi, que plus d'une coutume édictait de semblables restrictions. On conçoit dès lors que le législateur moderne les ait placés sur la même ligne, et que tous les deux s'effacent devant la clôture.

Sous un autre rapport cette assimilation s'accentue de plus en plus; et en vertu de l'art. 691 elles doivent, l'une comme l'autre, reposer sur un titre. La possession immémoriale n'agit plus que dans le passé; la loi qui ne dispose que pour l'avenir devait respecter les droits définitivement acquis. Si donc aujourd'hui des débats portaient sur ce point et que le droit ne fût pas compromis par un non usage prolongé, il faudrait établir, à l'aide des moyens de preuve anciennement admis, que cette servitude était régulièrement acquise au moment de la promulgation de la loi du 28 septembre-6 novembre 1791. Au point de vue de la preuve

Digitized by Google

la situation était donc identique, rappelons toutefois qu'en vaine pâture la possession immémoriale se suffisait, tandis qu'en matière de parcours il fallait, en outre, que cette possession fût autorisé par la loi ou la coutume.

65. Pour pouvoir établir des associations de cette nature les communes ou paroisses devaient être non seulement contiguës et adjacentes, mais encore se toucher par tout un côté. Cela ne suffit pas, il faut en plus, comme le dit l'article déjà cité de la coutume de Bourgogne, qu'il n'y ait *empêchement de rivières, grandes forêts ou montagnes*. Le parcours fonctionne de *clocher à autre* et non sur toute la commune. S'il n'y a pas d'église, dit la coutume de Lorraine (tit. 15 art. 1), jusqu'à *l'écarte du milieu du village*, à moins qu'il n'y ait titre, usage particulier, *autres bornes ou arrêts que les dits clochers ou milieu du village* (La Poix, t. 3, p. 488). — Cette limitation avait été érigée en règle générale et s'appliquait à toutes les coutumes qui n'en fixaient pas d'autres. Cet état de chose, tout le monde le reconnaît, était ainsi constitué pour permettre aux paroisses dont les *bans et fissages sont joignans*, de multiplier ces associations et d'élargir sensiblement les droits de pâturage d'un chacun. De la sorte une commune ayant quelque peu la forme d'un quadrilatère pouvait être en communion de pâture avec quatre localités voisines. Un sol surchargé d'un nombreux bétail, et piétiné en tous sens pendant de longs mois, est forcément voué à une immobilité absolue, à une routine qui ne laisse aucune issue sur la voie du progrès. Cette combinaison de beaucoup la plus mauvaise, ne méritait pas, à notre avis, les sympathies qu'on semble lui accorder.

Le parcours, toutes les lois et coutumes locales le répètent, s'excerce uniquement sur les immeubles affectés à la vaine pâture ; c'est là que les bestiaux respectivement acceptés peuvent *pâturer et champoyer* tranquillement, sans crainte d'être constitués en contravention, s'ils se contentent d'évoluer sur le sol affecté au parcours, ou à la morte et sèche pâture. Pourrait-on les faire stationner plus ou moins longtemps et en vue de faciliter l'opération, établir parc, cabane ou cayolar [1]? Plus d'une fois déjà j'ai

[1] Appellation usitée dans les Pyrénées qui a la même signification que parc ou cabane. V. *Revue pratique*, t. 45, p. 115.

Digitized by Google

rencontré cette question sur mes pas, et l'ai tranchée, en principe, dans le sens de la négative; mais comme elle soulève de sérieuses controverses, il convient de l'examiner de plus près afin de l'asseoir sur une base solide.

66. Un débat de cette nature a des aspects divers, pour le résoudre sûrement il faut l'envisager sous toutes ses faces.

S'agit-il d'une servitude légale fondée sur un texte de loi? Elle entraîne avec elle tout ce qui est indispensable pour son fonctionnement normal. Nous dirons, sans sortir de notre sujet, que la vaine pâture coutumière comporte la faculté de passer et repasser à travers les fonds grevés et d'y stationner le temps voulu pour assurer la subsistance du bétail. Aller plus loin et y installer à poste fixe, avec parc ou cabane, c'est évidemment outrepasser son droit et greffer une servitude continue sur une autre qui ne l'est pas. Cette adjonction que rien n'impose constituerait, à vrai dire, une usurpation pouvant légitimer une action en dommages-intérêts. Cela est d'autant plus exact que d'après les usages du parcours et du vain pâturage, le troupeau commun se formait le matin pour revenir le soir au bercail. L'art. 169 précité de la coutume de Troyes punit même ceux dont le troupeau demeure *au giste* au de là du clocher, limite du parcours. Et les pâtres pourrait-on les obliger à parquer journellement un troupeau contenant un bétail nombreux et varié? Ce serait un travail au dessus de leurs forces. D'un autre côté avec le droit, aujourd'hui incontesté, pour tout usager, d'avoir un troupeau à part, on arriverait à ce résultat qu'une grande partie du sol consacré à la dépaissance commune serait envahi par des constructions dont, au point de vue des compascuités, l'utilité serait même contestable.

La servitude est-elle conventionnelle et spécialement constituée entre particuliers, c'est au titre qu'il faut se référer pour déterminer sa nature et sa portée. La faculté de puisage et d'arrosage comporte forcément le passage nécessaire pour en user. La dépaissance sur une montagne où le bétail réside pendant plusieurs mois implique le droit d'avoir des parcs et des cabanes pour remiser bêtes et gens. Le plus souvent même le propriétaire les établit à poste fixe; mais s'il n'en existait pas, pourrait-on refuser aux usagers ce qui est indispensable pour assurer l'excercice de

Digitized by Google

leurs droits? Ne perdons pas de vue seulement que cette servitude subsidiaire n'est que l'accessoire de l'autre; elle ne peut lui survivre et disparaît aussitôt que le besoin ne s'en fait plus sentir. Allons plus loin et admettons pour un instant que l'acte prohibât les parcs et cabanes *à poste fixe*, il serait toujours loisible d'établir des camps volants, des tentes que l'on emporte avec soi et que l'on étale en cas de besoin, pour se garantir contre les orages et les variations subites de température. Nous pensons même que ces précautions sont admissibles dans tous les cas, et sur toute espèce de pâturage; il suffira de les appliquer de telle façon que ni le sol ni les herbages ne puissent en souffrir.

Les auteurs qui agitent cette question ne se sont pas tous placés au même point de vue; ainsi Fournel au mot pâturage (t. 2, p. 416), n'en parle qu'à propos de pâtures fondées sur un titre particulier. « Le droit de pâturage sur l'héritage du voisin, dit-il, comporte celui d'avoir, sur cet héritage une cabane mobile pour la résidence du gardien du troupeau. » Il invoque à l'appui de cette solution, la loi 6 au Digeste *De servitutibus præd. rustic.* Renfermée dans un cercle aussi étroit, cette appréciation ne semble pas contestable ; on peut même, ainsi que je viens de le dire, lui accorder une plus grande extension.

Le président Cappeau (t. I, p. 62), est d'un avis diamétralement opposé, il refuse dans tous les cas le droit de stationnement à poste fixe; il rappelle en même temps l'opinion contraire de Lalaure, dont le traité des servitudes faisait autorité dans l'ancienne jurisprudence. Ce qu'il y a de plus singulier, c'est que tous se fondent également sur cette même loi 6 que chacun explique à sa façon. Il suffira de la lire attentivement en la rapprochant de ce qui précède et de ce qui suit, pour se convaincre qu'il s'agit toujours de servitudes conventionnelles et de l'extension plus ou moins grande qu'il faut leur accorder; et ces mots *ut si hyems ingruerit, habeam quo me recipiam*, prouvent qu'on est en face de servitudes qui s'exercent en tout temps, même pendant l'hiver, ce qui, de plus fort, fait sentir la nécessité d'avoir un abri contre les rigueurs du froid. En présence d'un titre l'interprétation joue le principal rôle; or le texte dont on se prévaut discute bien plus en fait qu'en droit. Les jurisconsultes romains n'étaient

Digitized by Google

pas plus d'accord que les nôtres, leurs appréciations dès lors ne peuvent avoir qu'une valeur doctrinale. Je persiste donc dans ma conclusion première qui est pleinement justifiée : la servitude légale exclut parc et cabane à poste fixe; celle qui dérive du titre les admet plus facilement, et souvent même par induction, ou simplement par voie de conséquence.

67. Le parcours ne constitue pas une relation de particulier à particulier, mais bien de commune à commune; ici l'individu s'efface pour faire place à deux collectivités représentant tout le monde et assurant à chacun l'exercice de son droit. C'est évidemment à cette idée qu'il faut attacher l'origine du troupeau commun qui s'applique d'une manière générale aux compascuités, mais plus strictement encore au parcours qu'à la vaine pâture. L'unité d'action et de direction découlait de la nature des choses. Le sol soumis à ces servitudes subissait fréquemment des solutions de continuité, tous les bestiaux indistinctement n'en bénéficiaient pas, et chaque propriétaire n'était pas loti de la même manière. Tout donc militait en faveur d'une surveillance incessante et uniforme.

Le berger était comme la personnification du troupeau et l'intermédiaire forcé de tous les usagers. Signalons cependant une exception introduite au profit du seigneur qui, à raison de sa qualité et de la déférence qui lui était due, avait droit à un troupeau séparé. Telle est la disposition formelle de l'art. 122 de la coutume de Vitry; Merlin, qui le cite au mot parcours n° 4, ajoute que la jurisprudence le refuse à tout autre. Cette affirmation n'est pas absolument exacte; d'une part, dans le *Voisinage* de Fournel, v° parcours, p. 373, on invoque un arrêt de 1767, qui reconnaît à certains particuliers le droit au troupeau séparé; et d'autre part au mot vaine-pâture Merlin déclare lui-même, que si une section de commune, ou plus exactement un hameau est trop éloigné du centre du village, pour y conduire journellement son bétail et qu'il ait des pâturages propres, on doit lui concéder un troupeau spécial. Nous trouvons enfin dans le répertoire de ce grand jurisconsulte, sous la rubrique *troupeau à part*, un autre élément de contrôle plus précis. La loi des 13-20 avril 1791, en conservant aux ci-devant seigeurs les droits de dépaissance qui leur compètent comme à tous les autres citoyens, proclame que leur trou-

Digitized by Google

peau à part a été atteint et supprimé par les lois abolitives de la féodalité. Si les immunités conférées aux seigneurs disparaissaient pourquoi celles émanées d'eux, ou d'usages établis par voie d'assimilation seraient-elles plus vivaces? On ne le conçoit guère; du moment où la base disparaît, il semble que tout l'édifice doive crouler; n'était-ce pas le cas d'appliquer la maxime *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis?* Les auteurs de la loi ont-ils trouvé la conclusion trop rigoureuse, ou ne s'est-elle pas présentée à leur esprit? Toujours est-il qu'ils ont maintenu les prérogatives de cette nature fondées sur des titres réguliers, ou des usages constants établis dans certaines localités et spécialement en Lorraine.

68. Le droit individuel qui s'affirmait de plus en plus trouve, quelques mois après, sa consécration définitive dans la loi rurale du 28 septembre-6 octobre 1791, dont l'art. 12 (tit. I, sect. IV) porte ce qui suit : « Dans les pays de parcours ou de vaine pâture soumis à l'usage du troupeau commun, tout propriétaire ou fermier pourra renoncer à cette communauté et faire garder, par troupeau séparé, un nombre de têtes de bétail proportionné à l'étendue des terres qu'il exploitera dans la paroisse. »

Cette innovation a été critiquée, le président Cappeau (t. I, p. 78) affirme qu'elle favorise la fraude, porte atteinte à la surveillance et amène par la rivalité des pâtres le dépérissement des pâturages et la dévastation des proriétés privées. S'il subissait, sans réserve, l'influence de ces considérations, non seulement le législateur se montrerait moins libéral qu'un certain nombre d'anciennes coutumes; mais il serait obligé de renoncer à sa pensée intime, qui tend à la suppression de ces usages. Pourquoi, en effet, s'incliner devant des appréciations qui l'éloigneraient de son but bien loin de l'en rapprocher? Toutefois, comme il est difficile de nier la valeur de ces objections, on en tient compte lorsque l'intérêt public est en jeu; ainsi de tout temps la législation forestière a rigoureusement maintenu cette antique tradition; l'ordonnance de 1669 (tit. XIX, art. 6) la consacre, et notre Code moderne (art. 62) la sanctionne de rechef. Le système inauguré par la loi rurale, outre qu'indirectement il facilite la fraude, n'est pas à la portée de tout le monde; quelques rares individualités pour-

Digitized by Google

ront en profiter, et leur retraite de l'association grèvera d'autant ceux qui continuent à en faire partie; le salaire du pâtre étant réparti sur ceux-là seulement qui profitent de ses services. On conçoit parfaitement après cela, que la jurisprudence se soit montrée si rigoureuse dans l'interprétation de la loi moderne. D'après un arrêt de cassation du 8 février 1838 [1], le troupeau commun reste la règle et le troupeau à part constitue une exception, qui ne peut être utilisée qu'individuellement; ni parents, ni amis, ni voisins ne peuvent s'associer pour faire garder leurs bestiaux en commun. Ces rigueurs, jointes à celles des règlements relatifs aux déclarations préalables, prolongent l'existence du troupeau commun; mais du jour où l'initiative individuelle aura repris ses droits, où chacun sera libre de s'entendre et de s'associer avec son voisin, le troupeau commun aura vécu. Alors on comprendra bien vite que les usagers recevant en proportion de ce qu'ils donnent, l'inanité de ces servitudes est par là même démontrée, et d'elles-même elles s'affaisseront à la grande satisfaction des amis de l'agriculture.

69. Tout ce qui se rattache au berger commun ressortit au conseil municipal, il approuve le choix fait par le maire [2], fixe le salaire et pose les bases de la répartition. Le pâtre, comme di-

[1] Il est rapporté et discuté dans le *Correspondant des justices de paix*, année 1867, p. 410, où l'on pose cette autre question : s'il n'existe dans la commune ni troupeau commun ni arrêté local sur le vain pâturage, cette association est-elle admise ? La réponse affirmative de l'arrêtiste, bien que fondée en raison, pourrait bien échouer devant le rigorisme de la Cour suprême.

[2] V. loi du 18 juillet 1831 art. 13. « Le Maire nomme les pâtres communs sauf l'approbation du conseil municipal. » Bien que l'art. 102 de la loi du 5 avril 1884 ne parle que des gardes champêtres et se taise sur les pâtres communs, il ne faudrait pas en conclure qu'ils sont par là même supprimés. En se reportant à l'art. 61 de cette loi, on voit que le conseil municipal est appelé *à régler par ses délibérations les affaires de la commune;* ce qui s'applique évidemment aux pâtures communales et spécialement au vain pâturage dont parle l'art. 68 n° 6. Ajoutons que la loi de finance du 11 frimaire an VII, qui règle les questions de responsabilité dérivant des écarts du troupeau commun, est toujours en vigueur et suffirait, au besoin, pour le maintien du *statu quo*, les pâtres n'ayant rien de commun avec les gardes champêtres seuls visés par l'art. 102.

Digitized by Google

recteur du troupeau, assume, au point de vue pénal, la responsabilité de ses écarts; mais par contre, il engage la responsabilité de l'association dont il est le préposé ou le mandataire. Et le mandant quel est-il ? les usagers, aurait-on dû répondre; mais comme le troupeau appartenait à l'ensemble des propriétaires de la communauté d'habitants, que le pâtre tenait sa nomination de l'autorité municipale et qu'il était plus expéditif, dans l'intérêt des parties lésées, d'avoir à faire à un seul qu'à plusieurs, la commune était constituée le représentant légal de cette collectivité dépourvue de personnalité civile; et ce en force de ce principe de solidarité qui, dans certains cas, s'applique aux agglomérations humaines comme aux associations ordinaires. La commune mise en cause, assiste aux débats, fait valoir les droits d'un chacun, et si malgré cela elle succombe, elle assume au point de vue du demandeur, la responsabilité pécuniaire dérivant du procès, sauf ensuite à répartir le montant de la condamnation entre tous les maîtres des animaux ayant participé aux mésus : cette opération est d'autant plus facile que le troupeau est unique et le lot de chaque intéressé déterminé d'après le rôle annuel, ou des usages constants.

Bien que la situation se trouve, aujourd'hui, sensiblement modifiée, et que le troupeau commun soit battu en brèche par la latitude indéfinie concédée aux troupeaux individuels, l'ancienne règle n'en subsiste pas moins avec toutes ses conséquences, et la commune continue à être responsable lors même que le troupeau municipal ne contiendrait qu'une faible partie des bestiaux de la localité. Il semble cependant qu'en présence d'une transformation aussi profonde portant sur le principe, le contre-coup aurait dû s'étendre jusqu'aux moyens d'exécution. Au surplus cette responsabilité est plus apparente que réelle; sans se préoccuper autrement de celle du pâtre qui prime les autes, la loi de finance du 11 frimaire an VII (art. 6) dispose que toutes les charges qui dérivent du troupeau commun sont supportées proportionnellement *par ceux qui en profitent*. Il ressort de ce qui précède que les propriétaires des bestiaux ne peuvent être attaqués ni condamnés isolément; mais ce n'est pas un motif pour prétendre avec le président Cappeau (t. 1, p. 84) que le berger seul est responsable de ces dégâts et que le propriétaire n'en répond pas. Que

Digitized by Google

la partie lésée ne puisse actionner directement les propriétaires des animaux mésusants, cela est certain; mais comme en dernière analyse ce sont eux qui subissent les conséquences de la condamnation, il est tout au moins imprudent de nier une responsabilité que la loi de l'an VII affirme; ainsi se concilient les arrêts cités par Henrion de Pansey [1], dont les uns déclarent irrecevable l'action isolément intentée contre tel ou tel propriétaire des animaux surpris en délit, alors que d'autres maintiennent en cause et condamnent le maire, en qualité de représentant légal de la commune directement responsable.

Sommes-nous en présence d'un troupeau à part, le droit commun reprend son empire, soit en vertu de la loi rurale (tit. 2, art. 7), soit en vertu de l'art. 1383 du Code civil. Le maître, qui est invariablement mis en cause, est civilement responsable des condamnations prononcées contre son berger, dont la situation n'est nullement modifiée. Supposons pour un instant que le troupeau confié à une garde unique et surpris en mésus, appartienne à plusieurs propriétaires, tous sont solidairement responsables du préjudice causé. C'est le troupeau qui est en faute et comme il est impossible de déterminer exactement la part revenant aux différents animaux dont il se compose, chaque propriétaire est obligé de payer l'intégralité du dommage, sauf à réclamer à chacun de ses associés la part qui lui incombe. Le troupeau à part jouit d'une grande liberté, mais la responsabilité est aussi plus lourde étant concentrée sur la même tête. Le troupeau commun réduit également la dépense et la responsabilité en la repartissant sur un personnel nombreux. Cette considération, jointe aux distances que l'entrecourse est exposée à franchir, constituent les meilleurs et plus fermes soutiens de cet antique usage. Si le parcours finit par disparaître, tout porte à croire que le troupeau commun sombrera avec lui.

70. Le droit de clôre ses héritages et de les soustraire aux compascuités soit par ce procédé, soit par la mise en défense, fait surgir des controverses dont nous avons déjà dit quelques mots à propos des pâturages en général. Les prescriptions à cet égard

[1] V. son traité de la compétence des juges de paix, p. 168. les deux arrêts cités sont l'un du 14 frimaire an VII et l'autre du 22 février 1811.

Digitized by Google

variaient sensiblement de coutume à coutume. Néanmoins, comme l'idée d'association primait toujours et que nul associé n'avait le droit d'agir au détriment des autres, la prohibition était maintenue avec plus ou moins de rigueur suivant la nature et les conséquences de l'entreprise. Un changement de culture, bien qu'il fût onéreux, était plus facilement accepté qu'une mise en défense et surtout qu'une clôture, un pareil acte laissant percer la pensée d'une exonération définitive. Ces considérations pesaient sur l'esprit des juges et contribuaient au développement des jurisprudences locales. Toutefois, comme le point de départ restait le même, aussitôt qu'il s'agissait d'un empiètement grave, d'une forêt, ou de vastes pâturages, si l'usurpateur persistait dans ses entreprises, le procès s'engageait et après des incidents longs et coûteux on arrivait au rétablissement des choses dans leur ancien état, et à l'adjudication de dommages-intérêts en réparation du préjudice éprouvé. Telle est la conclusion d'un arrêt du parlement de Dijon du 2 mars 1747 rapporté par La Poix de Fréminville (t. 3, p. 498) qui invoque, dans le même sens, des précédents de différente nature.

D'après certaines coutumes, cette manière d'agir, considérée comme la violation de la foi promise, entraînait la résolution du contrat, ou tout au moins la forclusion de celui qui avait commis un pareil écart. C'est ce qui ressort de l'art. 408 de la coutume de Bretagne. La loi moderne, fidèle à son principe de proportionnalité (art. 5 et 16), en fait ici une nouvelle application : celui qui enclôrait tous ses héritages n'aurait plus rien à prétendre dans le parcours ni dans la vaine pâture. Le contrôle sous ce rapport, n'est pas toujours très facile, il faut une surveillance active qui incombe surtout aux pâtres; et aussi ne pas perdre de vue que le parcours et la vaine pâture s'exercent sur les mêmes objets, que le troupeau de chaque commune est composé de tous les bestiaux réciproquement admis aux compascuités qui peuvent librement *vaguer* sur leur sol respectif, que les clôtures valables dans un cas doivent être considérées comme valables dans l'autre. Dès lors, si des contestations se produisent, à cet égard, ce ne sera qu'à défaut d'entente entre les municipalités qu'on aura recours aux tribunaux, seuls juges de ces questions portant uni-

Digitized by Google

quement sur le droit. Inutile d'insister autrement sur ce qui a trait à la clôture, nous aurons l'occasion d'en parler avec plus de détails en traitant des modes d'extinction des compascuités.

FERD. JACQUES.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DES MAGASINS GÉNÉRAUX,

Des opérations auxquelles ils donnent lieu, (principalement des prêts sur warants [sic]) et des ventes publiques en gros de marchandises neuves en France et à l'étranger, suivi d'un appendice contenant les lois françaises et étrangères sur les magasins généraux [1],

Par M. L. SCANSA, Docteur en droit.

Compte rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Jusqu'ici, l'institution des magasins généraux avait, malgré sa réelle importance, été quelque peu négligée chez nous, au point de vue doctrinal. Il existe bien, il est vrai, en France, deux ouvrages spéciaux sur la matière, dus : l'un, à M. N. Damaschino, « *Traité des magasins généraux* (*Docks*) *et des ventes publiques de marchandises en gros* », livre excellent et précédé d'une remarquable introduction par M. Maurice Block; l'autre, à M. Alix Sauzeau, « *Manuel des docks* ». Mais le premier, qui date de 1860, est devenu rare, et se trouve, par la force même des choses, arriéré et incomplet aujourd'hui. Quant au second, qui fut publié en 1861 et dont une nouvelle édition, entièrement refondue, a paru en 1877, il a le tort de considérer comme choses vulgaires et connues de tout le monde, la fondation, l'organisation et tout le mécanisme des docks. Partant de cette affirmation, qui semblera d'autant moins juste que nombreux est et sera toujours le cortège de ceux qui sont censés connaître la loi, il ne s'adresse en réalité qu'aux initiés.

Aussi, le *Traité* de M. Scansa ne peut-il manquer de recevoir un accueil favorable du public, car il vient, on peut l'affirmer, combler une véritable lacune. L'auteur a pensé avec

[1] 1 vol. in-8, Paris.

Digitized by Google

raison que, pour éclairer certains côtés très obscurs de la question des magasins généraux, il convenait de mettre en lumière le texte et l'esprit de nos lois, qui sont les bases de la doctrine et de la jurisprudence, de suivre pas à pas la pratique, et de signaler ensuite les imperfections de notre législation en présence des besoins et de l'utilité publique et privée, auxquelles elle est, ici comme ailleurs, destinée à donner satisfaction.

Tel est le point de vue qui l'a inspiré et qui a, en quelque manière, présidé à la conception même de son livre. Disons de suite que le but visé est pleinement atteint.

Après avoir, dans une *introduction*, défini les entrepôts, les docks et les magasins généraux ; après nous en avoir indiqué l'objet et retracé l'historique ; après nous avoir entretenus enfin de l'institution des docks en Angleterre et de celle des magasins généraux en France, ainsi que des législations étrangères relatives à ces derniers, il passe successivement en revue, dans trois chapitres distincts, les entrepôts, les magasins généraux et les ventes publiques de marchandises en gros.

Au sujet des entrepôts, qu'il commence par étudier, il envisage tour à tour leur origine, les lois qui les concernent, puis les entrepôts réels, les entrepôts fictifs, les entrepôts réels dans les villes de l'intérieur et des frontières, les entrepôts du prohibé et es entrepôts spéciaux.

Ce sont naturellement les magasins généraux auxquels sont consacrés les plus longs développements. L'auteur nous en fournit d'abord la définition et en précise l'objet; puis il nous parle de leur établissement en France et à l'étranger, pour traiter ensuite de la nature des opérations qui s'y accomplissent, des règles qui gouvernent leur exploitation, des titres qui sont délivrés pas ces établissements, des effets de l'endossement des récépissés et des warrants, de leurs formes, des avances et de l'escompte sur warrants, et de l'extinction des dettes garanties par ces titres, le tout soit sur notre territoire, soit hors de nos frontières.

Ainsi que nous l'avons dit, le chapitre III est réservé à l'examen de la législation actuelle relative aux ventes publiques de marchandises en gros. Quelques mots d'historique sont, au préalable, consacrés à l'ancien droit, au droit intermédiaire, aux

Digitized by Google

décrets rectrictifs de 1811 et de 1812 et aux lois de 1818 et de 1819, favorables aux ventes publiques. — Enfin, l'ouvrage se termine par un *appendice*, contenant le texte des lois françaises et étrangères, concernant les magasins généraux.

Telle qu'elle se présente à nous, cette œuvre, qui gagnerait beaucoup à être purgée de certaines fautes typographiques qui la mettent parfois en délicatesse avec l'orthographe vulgaire, et dans laquelle nous aurions souhaité rencontrer de plus nombreuses citations de jurisprudence avec une référence toujours exacte aux recueils qui en contiennent les monuments, cette œuvre, disons-nous, nous paraît appelée à rendre les plus grands services. Elle a, d'abord, le grand mérite de venir à son heure. Nul n'ignore, en effet, que de récents désastres survenus dans les magasins généraux ont ému l'opinion publique et attiré l'attention du législateur. C'est ainsi que la Chambre des députés a été saisie, sur l'initiative de M. Émile Ferry, d'une proposition tendant à la suppression de la législation existante et au rétablissement du droit commun, nous voulons dire du régime de la liberté en cette matière. D'autre part, le problème, fort délicat en lui-même, présente des difficultés graves de solution. Aussi, grâce aux précieux renseignements que nous fournit M. Scansa sur le fonctionnement des magasins généraux, tant en France qu'à l'étranger, grâce à la connaissance des langues exotiques, qui l'a mis à même de faire de continuels et très utiles rapprochements entre notre législation et celle des autres pays, son livre vient-il éclairer la question d'un jour tout nouveau, et permettre, en procédant avec impartialité à une saine et prudente comparaison entre les avantages et les inconvénients des diverses systèmes, de choisir pour la réforme projetée l'adoption du meilleur. P. LOUIS-LUCAS.

INTRODUCTION A LA SOCIOLOGIE,

Par M. Guillaume De Greef [1].

Compte rendu par M. P. Louis-Lucas,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

M. Guillaume De Greef a entrepris d'écrire un traité complet de sociologie, ou science de la constitution et du développement des

[1] 1 vol. in-8 Paris et Bruxelles.

Digitized by Google

sociétés, dont le nom, employé pour la première fois par Auguste Comte dans son *Système de philosophie positive*, est aujourd'hui consacré par l'usage. Deux parties importantes ont déjà paru sous le titre d'*Introduction à la sociologie*, et la troisième est annoncée comme devant être éditée prochainement.

Le but poursuivi par l'auteur est de soustraire la politique à l'empirisme aussi bien qu'à l'utopie, en lui appliquant la méthode positive.

Tandis que la première partie avait exclusivement trait à la démonstration de l'existance d'une science sociale et à la classification hiérarchique des diverses espèces de phénomènes qui en forment le domaine, la seconde est relative « à l'organographie et à la dynamique spéciales et générales du superorganisme sociétaire, c'est-à-dire à sa structure et à son fonctionnement. » Ce simple échantillon de style, et nous nous en tiendrons là, suffit à montrer que l'*Introduction* de M. De Greef, qui traite en réalité de la méthode en sociologie et qui ne contient qu'un exposé de la façon dont cette science doit être étudiée, ne rentre pas à proprement parler dans le cadre des travaux dont s'occupe cette *Revue*. Nous n'en avons pas moins tenu à la signaler à ses lecteurs, parce que le livre, bien que n'étant pas à la portée de tout le monde et bien qu'il nous paraisse particulièrement inacessible aux esprits superficiels, peut présenter de l'utilité pour les phisosophes et les économistes.

P. LOUIS-LUCAS.

Dictionnaire des délais, prescriptions, péremptions en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et militaire, suivi d'un essai de réforme en matière de délais,

Par M. E.-H. Mancelle, avoué licencié à Rochefort-sur-Mer [1].
Compte rendu par M. P. Louis-Lucas,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Lorsque nous avons eu le plaisir de parler ici même (voy. 1889, p. 303 et suiv.) du *Manuel des délais*, publié par M. Mancelle en 1888, et qui n'était que le *Préliminaire* du *Dictionnaire* dont nous présentons aujourd'hui l'analyse aux lecteurs de la *Revue critique*, nous lui avions prédit un succès assuré dans le monde

[1] 1 vol. in-8, Paris.

Digitized by Google

judiciaire. Notre prophétie n'a point été déçue, et le livre fut l'objet de l'accueil le plus flatteur : chacun s'accorda à reconnaître qu'il contenait, au point de vue pratique, une innovation des plus heureuses. C'est laisser entendre que l'excellent *Dictionnaire des délais*, dont le but est de faciliter également dans une large mesure l'expédition des affaires et de rendre à tous ceux qui le consulteront les plus réels services, est appelé à fournir la même carrière brillante que l'étude dont il est l'indispensable complément.

Au nombre des règles multiples et variées des différentes procédures que comprend notre législation, figurent, en première ligne, celles qui sont relatives à l'importante matière des délais. Il serait superflu de rappeler avec quelle rigueur ces délais s'observent, avec quelle facilité peuvent surgir les péremptions, les prescriptions, les déchéances, les forclusions, et jusqu'à quel point tout ce cortège de fins de non recevoir peut être préjudiciable aux intérêts en jeu, comme aussi à la responsabilité de quiconque est chargé de diriger une procédure, personne n'échappant aux conséquences fatales de leur inobservation, pas plus les magistrats que les avoués, les huissiers ou les greffiers. Or, la pratique des affaires n'est, par malheur, régie à cet égard par aucun ensemble de ces règles nettes, précises, et d'une application facile, dont elle aurait cependant si grand besoin. De là sont nées de questions nombreuses et parfois fort délicates, dont les discussions et les solutions se trouvent éparses dans une foule d'ouvrages, où les recherches sont souvent compliquées, laborieuses et parfois inutiles, alors pourtant qu'on se trouve en présence d'une matière qui réclame avant tout beaucoup de rapidité et de certitude, et surtout l'absence absolue de tâtonnements et d'hésitations.

Sans doute, certains essais avaient été tentés pour remédier au mal ; mais, muets sur les différentes opinions des auteurs et sur les solutions admises par la jurisprudence, ils étaient d'une insuffisance manifeste.

Le nouveau *Dictionnaire des délais* de M. Mancelle a cherché à obvier à de pareils inconvénients, et il y a pleinement réussi, en ce qu'il forme, pour les délais de toutes sortes (délais de procédure, délais de prescriptions), un Code dont le caractère primordial est d'être essentiellement pratique, d'un maniement très prompt, fort

Digitized by Google

simple et des plus commodes. Les divers documents juridiques disséminés dans les ouvrages les plus usuels et les plus autorisés de la doctrine s'y trouvent, en effet, condensés, et la jurisprudence, soigneusement dépouillée et analysée, y est présentée dans son état actuel. A défaut de matériaux, l'auteur a résolu les questions concernant les délais au moyen des principes généraux du droit, et il a pris à tâche, dans toutes les matières de notre législation civile, commerciale, criminelle, administrative et militaire, pour chaque délai qu'elles concernent, de se livrer à un examen scrupuleusement attentif de sa nature, de la manière de le calculer suivant qu'il se compte par heure, par jour, par mois ou par année, de son point de départ, des actes qui commencent à le faire courir, de ceux qui en interrompent le cours ou qui le suspendent, des personnes à qui il profite, de celles qui peuvent se prévaloir de son inobservation, des actes qui peuvent couvrir les nullités et déchéances qui en résultent, du moment précis où ces nullités doivent être proposées, de sa qualité de délai franc ou non, du point de savoir s'il est irrévocablement fixé par le législateur ou s'il est, au contraire, susceptible d'augmentation à raison des distances, de la façon de calculer ces dernières, et enfin de la sanction encourue en cas d'inobservation.

Si nous ajoutons que M. Mancelle a fait précéder son *Dictionnaire* d'une remarquable introduction, consacrée à l'exposé de la théorie des délais en général; qu'il l'a fait suivre d'un essai de réforme en matière de délais, dans lequel le législateur pourra puiser plus d'un renseignement précieux, et que, pour procéder avec toute la clarté désirable qui constitue la première qualité d'un ouvrage de ce genre, il a adopté, à la fin du volume, la forme du répertoire alphabétique et analytique destiné à permettre de se reporter aisément au numéro du livre où est traitée la question cherchée et de se rendre compte immédiatement des délais se rapportant à chacune des matières qui le composent, nous aurons suffisamment montré que rien n'a été négligé pour rendre ce travail éminemment utile, qui contient un grand luxe de références bibliographiques et de citations d'arrêts digne de la faveur du public, et pour attirer sur lui toute l'attention qu'il mérite.

P. LOUIS-LUCAS.

Digitized by Google

De formulis secundum legem romanam a VII° sæculo ad XII^um sæculum,

Par M. Louis Stouff, docteur en droit et docteur ès lettres,
Maître de conférences à la Faculté des lettres de Dijon [1].
Compte rendu par M. J. Charmont,
Professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

Étudiant il y a quelques années le précaire en droit romain, M. Stouff fut tout naturellement amené à rapprocher cette institution de celle qui porte le même nom au moyen âge : il se demanda dans quelle mesure la seconde avait subi l'influence de la première et ne trouvant pas dans les travaux antérieurs une réponse qui le satisfit pleinement, il ne recula pas devant la difficulté de la chercher lui-même. Il se mit à dépouiller des cartulaires, des recueils de formules et releva minutieusement dans un grand nombre d'actes tout ce qui se rapportait au précaire. Les recherches historiques ont ainsi des débuts très arides. On s'engage dans un étroit sentier, sans trop savoir s'il conduit au but ; souvent on s'égare, ou l'on perd courage, mais on éprouve aussi parfois d'agréables surprises ; le chemin devient plus facile, l'horizon s'élargit et l'on aperçoit en avançant bien des choses que l'on ne songeait pas à découvrir. M. Stouff eut cette bonne fortune : non seulement il put déterminer les rapports du précaire ecclésiastique et du précaire romain, mais il observa que presque tous les contrats relatés dans les formules étaient accompagnés de stipulations et montra [1], en expliquant cette particularité, qu'il y avait là tout à la fois un souvenir et une curieuse transformation du droit ancien.

Ces premières études l'avaient donc insensiblement préparé à aborder l'examen d'une question plus générale : cette question qui fait l'objet de son dernier travail est celle de savoir ce que le droit des formules emprunte au droit romain.

Après avoir analysé et décomposé ces formules, nous avoir indiqué leurs caractères communs et les éléments propres à quelques-unes d'entre elles, l'auteur établit qu'elles ont une origine très lointaine. L'habitude des écrits probatoires et la forme même de ces écrits ont été transmises aux Barbares par les Romains.

Mais les premiers se sont-ils inspirés de toutes les lois romaines sans distinction d'époque ? Quelle idées se faisaient-ils de ces

[1] 1 vol. in-8°, Paris, 1891.

[2] De la formation des contrats par l'écriture dans le droit des formules, 1 br. extraite de la *Nouvelle Revue historique*, Paris, 1887.

Digitized by Google

institutions? Et comment se sont-elles mélangées avec celles des Germains? Chacun de ces problèmes fait l'objet d'un développement spécial. Sur plusieurs points, M. Stouff nous prévient qu'il n'apporte pas des conclusions nouvelles, mais seulement des arguments nouveaux. Cependant, comme ces arguments viennent appuyer des solutions souvent très contestées, leur importance en est singulièrement accrue. Ainsi l'immense autorité qu'avait conservée la législation romaine dans le droit des formules tend à démontrer l'influence prépondérante de la civilisation ancienne dans la société gallo-franque : on nous amène donc à prendre parti dans ce long débat sur le caractère et les effets des invasions qui s'est ouvert au commencement du siècle dernier et qui dure encore. De même l'absence dans les formules de tout emprunt aux lois de Justinien viendrait renforcer l'opinion récemment soutenue par M. Flach[1] contre M. Fitting et son école. Par là, on voit aisément le vif et multiple intérêt de ce travail.

Le titre seul est aussi caractéristique : aujourd'hui, on n'écrit plus guère en latin que pour la Sorbonne, et c'est en effet à la Faculté des lettres de Paris que le mémoire de M. Stouff a été présenté comme sujet de thèse de doctorat. Très favorablement accueilli par elle, il rencontrera le même succès près du public. S'il s'agissait d'un autre sujet, on pourrait souhaiter qu'il fût exposé sous une forme plus accessible. Mais les romanistes ne se plaindront pas, j'imagine, de ce qu'on ose encore leur parler dans la langue de Gaius. J. CHARMONT.

[1] V. Flach, *Etude critique sur l'histoire du droit romain au moyen âge* et l'article de M. Gavet (*Revue critique*, année 1890, p. 151).

Une nouvelle Revue a fait son apparition : C'est la *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, publiée par les professeurs des facultés et de l'école de médecine et de pharmacie de Dijon. Conçue à peu près dans le même esprit que les *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble* (*Revue critique*, année 1889, p. 544), elle témoigne avec éclat que les facultés de Dijon sont bien vivantes, qu'elles peuvent et veulent, elles aussi, apporter leur contribution aux progrès de la science et pour tout dire, qu'elles ne méritent pas l'exclusion dont les frappe le projet de loi relatif à la constitution des universités. Deux livraisons ont déjà paru. Les travaux de la faculté de droit, ceux qui certainement intéresseront le plus nos lecteurs, y tiennent une place importante. Ce sont les suivants : une savante étude de M. Saleilles sur l'établissement des Burgundes dans les domaines des Gallo-Romains, un article de M. Mongin sur le nouveau régime douanier, et deux examens de la jurisprudence Dijonnaise par MM. Mouchet et Bailly.

(Note de la Rédaction).

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE.

Arrêts publiés en 1890.

Par M. Marcel Planiol, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

SOMMAIRE.

I. — Caractère universel des legs d'usufruit.

II. — Legs aux personnes morales, refus d'autorisation. Retour des biens à l'héritier du sang, à l'exclusion des légataires substitués.

III. — Acceptation bénéficiaire des successions. Effet sur la signification tardive d'une constitution de gage.

IV. — Partage entre cohéritiers bénéficiaires. Adjudication au profit de l'un d'eux.

V. — Droits de l'enfant naturel en concours avec des ascendants dans une ligne et des collatéraux dans l'autre.

VI. — Donation, inexécution des charges, extinction de l'action en résolution.

I.

Le legs d'usufruit peut-il être un legs universel ou à titre universel? (Civ. cass., 14 août 1889, Dall. 90, I, 168).

L'affirmative a eu autrefois de nombreux partisans dans la doctrine [1]. Mais peu à peu le courant a changé, et il est aujourd'hui nettement dirigé en sens contraire [2]. Je ne connais aucun auteur récent, ayant quelque crédit, qui ait entrepris de résister à cette opinion nouvelle.

Cependant la Cour de cassation a jusqu'à présent maintenu

[1] Delvincourt, t, II, p. 95; Duranton, t. IV, nos 522 et 633, et t. IX, no 208; Vazeille, *Donations et testaments*, sur l'art. 1003, no 3; Poujol, sur l'article 1006, no 6; Troplong, *Donations et testaments*, t. IV, no 1848; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, § 487, p. 249 et 250, texte et note 13.

[2] Proudhon, *Usufruit*, t. II, no 476; Marcadé, sur l'art. 1010, no 3; Demolombe, *Distinction des biens*, t. II, no 258; Aubry et Rau, 4e édit., t. II, § 232, p. 504; Colmet de Santerre, *Cours analytique*, t. IV, no 157 *bis*, II; Mourlon, *Répétitions écrites*, 12e édit., t. I, no 1605, p. 825; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. II, no 597.

Digitized by Google

l'ancienne solution. Elle admet qu'un legs d'usufruit peut avoir le caractère d'universalité, tout aussi bien qu'un legs de propriété. La plus connue de ses décisions, et la plus récente, est un arrêt de la Chambre des requêtes, du 8 décembre 1862 (Sir. 63, I, 34; Dall., 65, I, 73). Depuis lors la Chambre civile a bien rendu, le 8 juillet 1874, un arrêt dans lequel certains auteurs avaient cru découvrir, d'une façon implicite, la doctrine d'après laquelle le legs d'usufruit, quelle que soit sa quotité, ne constitue jamais qu'un legs particulier[1]. L'arrêt actuel vient réduire à néant les inductions qu'on s'était trop pressé de tirer de la décision de 1874; il renoue la chaîne et prête aux décisions antérieures de la Cour un solide appui.

Quant aux Cours d'appel, elles semblent se laisser entraîner par le courant doctrinal. Tous les arrêts d'appel que l'on cite sont, en effet, rendus en sens contraire des arrêts de la Cour de cassation que nous venons de rappeler[2].

Je crois que, dans ce différend, c'est la Cour de cassation qui a raison.

L'argument capital, que font valoir nos adversaires, est tiré des art. 1003 et 1010, C. civ. D'après l'art. 1003, le legs universel est celui qui a pour objet « l'universalité des biens » que le testateur laissera à son décès; d'après l'art. 1010, un legs est à titre universel quand il a pour objet « une quote part des biens, ou tout le mobilier, ou tous les immeubles, ou une quotité fixe des immeubles ou du mobilier. » Ce dernier article ajoute que tout autre legs est à titre particulier. Or, on prétend que le legs d'usufruit ne rentre dans aucune de ces deux définitions, « parce qu'il laisse toujours la nue propriété des biens en dehors de la disposition du testateur. » C'est la formule même dont se sert M. Demolombe (*loc. cit.*).

Cet argument paraît sans réplique à tous les auteurs dont nous avons cité les noms et à bien d'autres.

Cependant, je le crois aussi faible, pour ne pas dire aussi faux,

[1] Voyez la note qui accompagne cet arrêt dans Dalloz, 74, I, 457.

[2] Voyez les arrêts de Bordeaux, du 19 février 1853, de Riom, du 26 juillet 1862, de Dijon, du 14 juillet 1879, et de Rennes, du 15 janvier 1880, rapportés ou cités dans Dalloz, 90, I, 168 en note, et dans Sirey, 1883, II, 1.

Digitized by Google

qu'un argument peut l'être. Le raisonnement qui me le fait condamner ne sera pas long à exposer. Il se réduit à une seule observation : c'est que la loi détermine le caractère universel ou particulier des legs uniquement d'après la quotité de biens et de valeurs qui en forme l'objet, et non pas d'après la nature du droit conféré au légataire sur ces objets. Les auteurs et les arrêts qui suivent l'opinion de Proudhon et de Demolombe transposent le problème d'un terrain sur un autre : à une question qui doit se résoudre d'après l'étendue du legs, c'est-à-dire d'après le nombre des choses léguées, ils font une réponse tirée de la nature et de la durée du droit du légataire.

Du moment où un legs de la totalité ou d'une quote-part, lorsqu'il est fait en pleine propriété, constitue un legs universel, il est de toute nécessité, lorsque le droit de propriété se décompose entre un nu propriétaire et un usufruitier, que ces deux droits fragmentaires conservent la nature qui appartenait au droit total. La division d'un tout en plusieurs parties n'en peut pas changer le caractère et l'essence. Autrement ce ne serait pas seulement le legs de l'usufruit, ce serait aussi le legs de la nue propriété qui cesserait de remplir les conditions voulues par les art. 1003 et 1010, puisque lui aussi laisse quelque chose en dehors de lui.

Restent l'art. 610, qui attribue en termes formels à l'usufruitier le titre de successeur universel, et l'art. 612, qui en tire la conséquence la plus importante, l'obligation aux dettes du défunt dans la mesure correspondante à l'actif qu'il recueille. Dans l'opinion adverse on se débarrasse un peu trop légèrement de ces dispositions législatives en disant que le législateur a employé ici un langage inexact. Ces articles sont au contraire appuyés sur une tradition certaine. Nos anciens auteurs n'hésitaient pas à reconnaître à un usufruitier, le cas échéant, le caractère de successeur universel [1].

Je ne sais enfin s'il n'y a pas un abus du raisonnement juridique à considérer comme un simple successeur particulier une

[1] Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, titre *Du Douaire*, n° 46; *Traité du Douaire*, n° 54; *Traité des donations entre mari et femme*, n° 221.

Digitized by Google

personne qui pourra posséder pendant plus d'un demi-siècle la totalité des biens du défunt. Je voudrais, pour ma part, voir clairement quelle grosse utilité pratique est en jeu avant d'adopter une solution si manifestement contraire au sens naturel des mots.

II.

Est-ce à l'héritier du sang ou au légataire universel substitué que doit profiter la réduction du legs universel fait en première ligne à une personne morale, quand celle-ci n'a obtenu qu'une autorisation partielle pour l'accepter? (Nancy, 17 nov. 1888, Dall. 90, II, 23).

Un testament contenait un legs universel fait à la ville de Nancy pour son bureau de bienfaisance. En outre pour le cas où, contre toute attente, la ville de Nancy n'accepterait pas ou serait dans l'impossibilité d'accepter, le testateur avait désigné un autre légataire universel.

La ville n'obtint l'autorisation d'accepter ce legs que jusqu'à concurrence des deux tiers.

Que devait-on faire du troisième tiers? La Cour de Nancy l'a attribué aux héritiers du sang. Elle a donné, à l'appui de sa solution, deux raisons principales.

Sa première raison est que le pouvoir de limiter, par des autorisations partielles, l'étendue des dons et legs faits à des personnes morales a été accordé au gouvernement dans l'intérêt des familles qui auraient pu être dépouillées au profit des villes ou des établissements par des libéralités excessives.

Il y a là une erreur. Ce n'est pas l'art. 910, C. civ., qui protège les héritiers du sang contre l'effet des libéralités excessives. Les dispositions protectrices que la loi a prises contre ce danger se trouvent écrites dans les art. 913 à 915, C. civ. C'est l'institution appelée *réserve* qui joue ce rôle, et cette réserve n'est accordée qu'aux descendants et ascendants. A leur défaut, l'art. 916 dit formellement que les libéralités entre-vifs ou testamentaires peuvent épuiser la totalité des biens.

Avec leur système, le tribunal de Nancy et la Cour, qui a adopté les motifs du tribunal, créent une réserve au profit des collatéraux. Le jugement affirme en effet que c'est « dans l'intérêt des

Digitized by Google

familles » que ces restrictions ont été apportées au droit de disposer. Une formule aussi large comprenant les collatéraux aussi bien que les parents en ligne directe, ceci revient à dire que les premiers deviennent des réservataires, dans leurs rapports avec certaines catégories de donataires ou de légataires ; si l'on aime mieux cette autre traduction du jugement, nous pourrons dire qu'à côté de la réserve civile des art. 913 et 915, on fait sortir de l'art. 910 une réserve administrative, la première destinée aux parents de la ligne directe, la seconde aux collatéraux ; la première étant certaine et indiscutable, la seconde étant abandonnée au bon plaisir gouvernemental.

Mais le vrai motif de l'art. 910 n'est pas celui que le jugement indique. Ce motif n'appartient pas au droit privé ; il appartient au droit public. L'art. 910 a été écrit uniquement pour empêcher l'accumulation indéfinie des biens de mainmorte, et cela dans un intérêt social : il n'est pas fait pour assurer le maintien des biens dans les familles. Sans doute, parmi les motifs d'ordres très divers qui peuvent le porter à refuser l'autorisation ou à la limiter, le gouvernement tient parfois compte de ce fait qu'il existe, dans la famille du disposant, des personnes pauvres auxquelles ces biens pourront apporter un peu d'aisance. Mais c'est là une considération secondaire, un résultat bon en lui-même, mais surérogatoire produit accidentellement par une institution qui n'a pas été créée pour l'obtenir.

D'ailleurs l'autorité administrative n'a pas d'autre droit que de priver l'établissement gratifié de la libéralité qui lui était adressée. Il ne lui appartient pas de régler le sort des biens non recueillis par cet établissement. Leur dévolution s'opère conformément aux règles du droit commun. Ces biens restent dans la succession ; ils ne sont pas plus indisponibles que d'ordinaire, et le défunt a pu en faire ce qu'il a voulu. Par conséquent, s'il existe, derrière l'établissement ou la ville qui s'est vu refuser l'autorisation, un autre légataire universel, et si les héritiers légitimes ne sont pas réservataires, c'est à ce légataire, et non aux parents, que les biens dont il est parlé doivent revenir.

Ici intervient la seconde raison alléguée par le tribunal et la Cour de Nancy. Ce second légataire serait sans droit parce que

Digitized by Google

la condition sous laquelle il était institué, à savoir la défaillance du premier légataire, ne serait pas réalisée. La ville ayant accepté le legs en partie, on ne pourrait pas dire qu'elle ne l'a pas accepté ou qu'elle a été dans l'impossibilité de le faire. — Nous croyons qu'en raisonnant de la sorte on méconnaît l'intention certaine du testateur. En instituant un légataire universel en sous-ordre, pour le cas peu probable à ses yeux où le premier legs ne recevrait pas son effet, le testateur avait pris une précaution destinée évidemment à exclure ses héritiers naturels. On lui retire donc indirectement, et par un effort abusif de raisonnement, la liberté de tester dont il jouissait d'après la loi, n'ayant pas d'héritiers réservataires.

L'art. 1175 veut qu'on interprète les conditions de la manière dont les parties les ont vraisemblablement voulues et entendues. Or, par la superposition de deux personnes ayant toutes deux, et l'une à défaut de l'autre, une vocation éventuelle au tout, le testateur a manifesté bien clairement l'intention de ne laisser arriver aucune part de sa succession à sa famille, tant que l'un de ces deux légataires serait capable et disposé à accepter le legs. Il a donc entendu la condition opposée au second legs comme susceptible d'une exécution partielle.

III.

Un effet oublié de l'acceptation bénéficiaire d'une succession. (Cour de Lyon, 6 juillet 1889, Dall., 90, 2, 113).

Une constitution de gage ayant eu lieu sur des valeurs mobilières, l'acte sous-seing privé qui la constatait n'avait pas été enregistré du vivant du débiteur ; il fut seulement décrit dans l'inventaire dressé après sa mort, et la signification prescrite par l'art. 2075 du Code civil fut faite encore plus tard.

Dans l'espèce le tribunal dut reconnaître que cette signification était inutile parce que les titres remis en gage étaient des rentes sur l'Etat français au porteur, assimilées par suite à des meubles corporels et que, pour ce genre de valeurs, il convient d'appliquer l'art. 2074, qui n'exige aucune formalité de ce genre.

La Cour a cependant abordé et résolu la question de savoir si

Digitized by Google

cette signification était valable. Elle affirme que, malgré l'acceptation bénéficiaire de la succession de son débiteur, un créancier n'est pas dans l'impossibilité légale de faire accomplir les formalités nécessaires pour la consolidation du droit de préférence qui lui a été antérieurement consenti ; qu'aucun texte formel ne s'y oppose et qu'on excipe vainement, par voie d'assimilation, de l'art. 2146, C. civ., dont les dispositions ne peuvent être étendues.

Elle ajoute « que le caractère bénéficiaire d'une hérédité ne met obstacle ni à la validité d'une saisie-arrêt, ni à la régularisation d'une donation par la signification de l'acceptation, ni à la régularisation d'une cession par sa signification, bien que tous les actes aient pour conséquence de faire sortir du patrimoine du défunt des biens que la masse des créanciers était intéressée à conserver. »

Toutes ces décisions sont, en effet, couramment admises (Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° Vente, n° 1766 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, § 359 *bis*, p. 429-430).

Les interprètes de notre droit moderne n'oublient-ils pas un peu trop l'ancienne maxime d'après laquelle la mort fixait, d'une manière définitive, l'état des biens et des dettes d'un homme? Lorsque le défunt trouve un héritier qui continue sa personne, qui endosse ses obligations, qui confond avec ses propres biens et dettes l'actif et le passif qu'il recueille, il n'y a rien de changé que le nom du débiteur. Les mêmes événements qui auraient pu modifier la situation respective des créanciers continueront à pouvoir se produire. Les créanciers ont, en face d'eux, un débiteur, actif et vivant, qui dispose à son gré de ses biens, c'est-à-dire de leur gage; qui peut compromettre leurs droits ou les améliorer. Mais lorsque les biens du défunt restent gisants, à l'état de succession vacante, la vie du patrimoine s'arrête ; il se fige pour ainsi dire, et conserve, comme une empreinte indélébile, la physionomie qu'il avait au moment du décès de son maître.

Ceci devient visible, lorsque il y a réellement vacance de la succession et que les créanciers font nommer un curateur. La mission de celui-ci se borne à une liquidation suivie d'une répartition des fonds, et naturellement cette répartition ne peut se

Digitized by Google

faire que d'après l'état des choses au jour de l'ouverture. Le curateur n'a pas le pouvoir de modifier les droits de l'un ou de l'autre.

Il en est de même, en dépit des apparences, lorsque l'héritier s'est placé à l'abri du bénéfice d'inventaire. Il ne veut être héritier que pour garder le reliquat d'actif, s'il en reste un. Tout au plus consentira-t-il à se charger de rôle du liquidateur; il n'y est même pas forcé, ayant la faculté d'abandon instituée par l'art. 802, C. civ. Sous un pareil régime le patrimoine du défunt, qui est en liquidation, est mort comme son maître ; c'est un compartiment fermé dans lequel rien de nouveau ne peut plus se produire ; l'héritier lui-même n'y peut pas toucher, ni agir en maître. S'il y porte la main, il perd son bénéfice, et toute cette fiction s'évanouit.

La disposition de l'art. 2146, qui interdit aux créanciers de prendre inscription après la mort de leur débiteur, lorsque sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, n'est que l'application de cette idée. Ceux qui n'étaient jusque-là, faute d'inscription, que des créanciers soumis à la loi du concours, doivent rester tels désormais. Ils ne peuvent plus acquérir sur les biens du défunt un droit de préférence qu'ils n'avaient pas de son vivant. Cet article est loin d'être une disposition exceptionnelle, une mesure de rigueur, non susceptible d'être étendue. Il est l'application d'un principe très ancien et très large. Nous n'avons pas besoin d'étendre cette disposition, qui a en effet une portée restreinte. Mais il y a un principe, que nous avons rappelé plus haut; cette disposition le représente dans notre droit, et c'est ce principe qu'il faut appliquer.

Il est manifeste que les commentateurs ont ignoré l'origine de l'art. 2146, C. civ., et qu'ils n'en ont pas compris le sens : qu'on lise par exemple, ce qu'en dit M. Pont, qui ne le trouve « ni raisonnable, ni juste » (*Privilèges et hypothèques*, t. II, n° 913). Il en demande l'abrogation, et cite l'exemple de la Belgique, où c'est chose faite depuis 1851.

Le même auteur admet pourtant que l'art. 2146 est susceptible d'une certaine extension, puisqu'il l'applique aux successions vacantes. C'est se condamner soi-même par un défaut de logique.

Digitized by Google

Si cet article est si peu justifiable, il faut l'interpréter strictement et le borner, d'une façon rigoureuse, aux successions bénéficiaires, puisque c'est pour elles seules qu'il a été écrit.

Nous éprouvons donc les doutes les plus sérieux sur la légitimité de toute notre jurisprudence et de notre doctrine moderne sur la matière. Les solutions rappelées dans les passages de l'arrêt de Lyon, que nous avons reproduits ci-dessus, nous semblent directement contraires aux traditions et à l'esprit de la loi.

IV.

Quel est l'effet d'une adjudication sur licitation prononcée au profit d'un héritier bénéficiaire? (Alger, 16 déc. 1889, Dalloz, 1890, 2, 106).

L'héritier bénéficiaire est chargé par la loi d'une mission qui rapoelle celle des syndics de faillite ou des liquidateurs de sociétés Il doit transformer en argent tout l'actif laissé par le défunt et se charger de régler le passif. C'est une tâche souvent lourde; aussi la loi lui permet-elle de se débarrasser des ennuis et des pertes de temps qu'elle lui cause en remettant les biens aux créanciers, qui en feront à leur gré la répartition entre eux.

Quand il s'acquitte lui-même de sa mission, l'héritier bénéficiaire est amené à vendre aux enchères les biens immobiliers qui se trouvent dans la succession. Il peut alors se porter enchérisseur comme tout autre personne, et se faire adjuger à lui-même le bien mis en vente.

Ces adjudications prononcées au profit des héritiers bénéficiaires ont donné lieu à de nombreuses difficultés, notamment pour la purge et pour le paiement du droit de transcription.

L'adjudication a pour résultat principal de faire sortir de la succession le bien licité pour lui donner la qualité de bien personnel à l'héritier. Celui-ci a en effet deux patrimoines distincts, ce qui constitue une exception remarquable, mais non pas unique, aux règles du droit français moderne. On sait qu'en règle générale toutes les catégories de biens possibles se trouvent confondues dans un patrimoine unique et indivisible. Dans notre hypothèse

Digitized by Google

le bien mis aux enchères sort donc du gage des créanciers de la succession pour entrer dans le patrimoine propre de l'héritier et servir de gage à ses créanciers personnels. Il n'y a pas changement de propriétaire; il y a seulement mutation du titre de propriété [1] : au lieu de posséder *pro herede*, le propriétaire possède maintenant *pro emptore*. Mais dans cette mesure l'adjudication faite est une cause d'acquisition distincte de la dévolution héréditaire, et elle suffit, par conséquent, pour réaliser le passage de ce bien d'une masse dans une autre.

Placé en face des créanciers héréditaires, l'héritier se trouve dès lors dans la situation de tout adjudicataire. Il est simplement comptable envers eux du prix d'adjudication dont il est débiteur, mais ceux-ci ne peuvent plus saisir l'immeuble adjugé à l'héritier, puisqu'il n'est plus compris dans leur gage. Ceci ne veut pas dire toutefois que les créanciers ne puissent jamais l'atteindre : cet immeuble est grevé d'un privilège qui garantit le paiement du prix; en outre, à défaut de paiement, il pourra être enlevé à l'acheteur par l'exercice de l'action en résolution. Ces deux voies, l'action en résolution et l'action privilégiée, sont ouvertes aux créanciers héréditaires, qui peuvent les exercer du chef de la succession dont ils sont créanciers, et à laquelle elles appartiennent, ou plutôt du chef de l'héritier lui-même qui, par cette fiction de la dualité de patrimoines, se trouve être son propre débiteur : comme héritier représentant le défunt et propriétaire de la succession, il est créancier de ce prix de vente qu'il doit lui-même payer comme adjudicataire. C'est la conséquence forcée du double rôle qu'il joue.

Mais ces actions ne sont que des voies indirectes pour atteindre l'immeuble adjugé; c'est une sorte de droit de suite qui s'attache à lui; ce n'est pas l'exercice normal du droit des créanciers de saisir les biens compris dans la masse qui leur sert

[1] Il y a donc là quelque chose qu'on n'a pas assez remarqué et qui ressemble beaucoup à la novation des obligations : ce changement du titre d'acquisition vaut pour les propriétés ce que vaut la novation pour les créances, quand elle a lieu *inter easdem personas*, par simple changement de cause.

Digitized by Google

de gage. Dans cette masse, l'immeuble adjugé est remplacé par la créance du prix d'adjudication.

Cette solution est certaine. Mais est-elle encore applicable au cas où il s'agit d'une adjudication prononcée entre cohéritiers procédant entre eux au partage de la succession? Il ne s'agit plus alors d'un héritier qui veut arriver au paiement des créanciers du défunt, et qui, pour se procurer les moyens de solder le passif, met en vente les biens qui lui sont échus : celui-là vend pour se procurer de l'argent, c'est un liquidateur légal, et l'adjudication qui a lieu à son profit ne peut pas être autre chose qu'une vente. Mais en est-il encore de même quand la succession est échue à plusieurs héritiers qui l'ont tous acceptée bénéficiairement, et que ceux-ci procèdent au partage sous la forme de la licitation? Cette licitation[1] vaut nécessairement partage, puisque par hypothèse nous supposons le bien adjugé à l'un des copropriétaires.

La Cour d'Alger a admis, sans en donner de raisons, sans même paraître soupçonner qu'il pouvait y avoir une différence entre les deux cas, que cette adjudication produisait les mêmes effets que celle qui est prononcée sur les diligences d'un héritier unique liquidant la succession. Elle déclare que le bien est désormais bien personnel de l'héritier et que les créanciers héréditaires ont perdu le droit de le saisir.

Nous n'en croyons rien. Pour que cet effet se produisît il faudrait que la licitation valût vente, qu'elle donnât à l'héritier bénéficiaire un titre nouveau, à lui personnel, et capable de faire entrer le bien dans son patrimoine propre ; il faudrait, en d'autres termes, que cette adjudication eût en elle la force translative que

[1] Signalons en passant une erreur beaucoup trop répandue qui consiste à croire que le mot *licitation* veut dire spécialement et uniquement *mise en vente d'un bien indivis*. Licitation veut dire *vente aux enchères*. C'est le sens des mots latins *liceri*, *licitatio*. Il s'emploierait donc d'une façon parfaitement exacte même quand le bien mis aux enchères n'a qu'un propriétaire unique. Le sens faux qu'on lui donne tient à une simple coïncidence de fait : dans notre pratique moderne le mot a cessé d'être employé en dehors du cas où la chose a plusieurs propriétaires. Si elle n'est pas partageable, ou si aucun d'eux n'en veut, la chose doit être *licitée*, c'est-à-dire vendue aux enchères.

Digitized by Google

nous avons reconnue à l'autre espèce d'adjudication dont nous parlions plus haut.

Or cette force lui manque totalement. Cette adjudication, la loi le dit elle-même, produit les effets du partage ; elle est *déclarative*, comme le partage ; et le paiement du prix est garanti par le privilège du copartageant, et non pas par le privilège du vendeur, lequel est soumis pour sa conservation à des règles fort différentes. Le cohéritier qui s'est porté adjudicataire ne possède pas à un titre nouveau. Ce bien est mis dans son lot, voilà tout ; la licitation a fait ce qu'aurait fait un allotissement : elle l'a rempli de ses droits jusqu'à concurrence de la valeur qui lui est attribuée, mais elle n'a opéré aucune novation dans son titre : il procède toujours *pro herede*. Il n'est pas acheteur ; la loi le nie formellement ; et il ne pourrait faire passer ce bien dans son patrimoine personnel que par un *achat*.

Les deux situations, que la Cour a confondues, sont profondément différentes. Elles n'ont de commun que la forme extérieure des enchères, mais c'est là un simple moyen de procédure, qui cache des opérations distinctes par leur nature. L'une est un *achat* fait par un tiers, car l'héritier bénéficiaire, tant qu'il s'agit de son patrimoine personnel est un tiers par rapport à la succession, la fiction qui le protège le veut ainsi ; l'autre est un *partage* entre cohéritiers, et cela est dit, en toutes lettres, dans l'art. 883, C. civ.

V.

Droits successoraux de l'enfant naturel en présence d'un ascendant dans une ligne et de collatéraux dans l'autre. (Amiens, 5 décembre 1889, Dalloz, 90, 2, 184).

La loi donne à l'enfant naturel la moitié de la succession lorsqu'il concourt avec des ascendants et les trois quarts lorsqu'il concourt avec des collatéraux (art. 757, C. civ.). Quelle portion lui attribuer lorsqu'il se trouve en concours à la fois avec ces deux ordres d'héritiers par l'effet de la division de la succession entre les deux lignes ?

Digitized by Google

La question a été très controversée dans la doctrine et il y a eu des décisions judiciaires contradictoires.

La Cour d'Amiens s'est prononcée pour l'opinion qui l'emporte actuellement dans la doctrine [1]. Elle s'est rangée à l'avis de MM. Demolombe (*Traité des successions*, t. II, n° 76, p. 114 et suiv.), Laurent (*Principes de droit civil français*, 3e édit. t. IX, n° 123, p. 148), Aubry et Rau (*Cours de droit civil*, 4e édition, t. VI, § 605, p. 328, note 12) et Baudry-Lacantinerie (*Précis de droit civil*, t. II, p. 70, n° 109).

D'après cette opinion il ne faut pas tenir compte de l'existence des collatéraux. L'enfant naturel a devant lui un ascendant; cela suffit pour qu'il soit réduit à la moitié de la succession. Il ne peut pas demander que la succession soit d'abord partagée entre les deux lignes légitimes, pour enlever ensuite à l'une la moitié, à l'autre les trois quarts.

Les arguments sur lesquels se fonde cette solution ont été développés par M. Demolombe, qui l'a fait avec sa maîtrise ordinaire, et c'est son autorité qui semble avoir entraîné l'opinion générale.

En y regardant d'un peu près, nous croyons toutefois que le talent et le nom de l'auteur sont pour beaucoup dans le succès de son système, et que ses arguments ne sont pas irréfutables. Nous allons passer en revue, pour les peser, les six raisons données par M. Demolombe.

1° Il soutient d'abord que sa solution est seule conforme au texte. La loi, dit-il, n'a prévu que deux hypothèses très tranchées : celle où il y a des ascendants, et celle où il y a des collatéraux. Le cas où il y a à la fois des ascendants dans une ligne et des collatéraux dans l'autre est une hypothèse intermédiaire ou mixte qui « est tout à fait en dehors de la lettre de la loi et des conbinaisons de notre article .» — On peut répondre que, si cette hypothèse est en dehors de la lettre de la loi, la loi est incomplète; et, comme cette hypothèse est un fait réel et très fréquent, il faut, de toute nécessité, trouver une combinaison qui soit sa règle. Or cette combinaison est toute simple, et nous croyons qu'elle

[1] En statuant ainsi, la Cour s'est déjugée, car elle avait rendu un arrêt en sens contraire, le 23 mars 1854 (Dall., 54, 2, 5).

Digitized by Google

s'impose : notre hypothèse est « intermédiaire ou mixte », comme l'appelle M. Demolombe lui-même. Elle n'est donc pas une hypothèse imprévue par la loi, puisqu'elle est la réalisation cumulative des deux cas prévus par elle. La seule solution conforme à la lettre de la loi est dès lors l'application cumulative des deux dispositions qu'elle a édictées. On viole nécessairement une moitié de l'art. 757 lorsqu'on se borne à en appliquer l'autre.

2° M. Demolombe dit en suite que la fente n'est qu'un mode de règlement de la succession légitime qui ne concerne que les parents légitimes. On devrait donc y procéder seulement après avoir opéré la division préalable entre la succession régulière et la succession irrégulière. — C'est justement là qu'est la question : savoir laquelle des deux divisions doit être opérée la première. Ceci ne peut donc pas être un argument; ce serait la conclusion de la démonstration. Ne serions-nous pas plutôt dans le vrai en disant que l'enfant naturel se trouve en face de deux catégories de parents qui sont inégalement protégés contre lui? La succession légitime se présente à lui divisée, sous la forme d'une double dévolution héréditaire divergente, et obéissant à des règles différentes : en tout cas une affirmation vaut l'autre, et les deux arguments se balancent.

3° M. Demolombe dit, en troisième lieu : ce qui prouve que la fente est étrangère au règlement des droits de l'enfant naturel, c'est que, si la ligne représentée actuellement par des collatéraux venait à faire entièrement défaut, l'ascendant qui représente à lui seul l'autre ligne recueillerait seul la part dévolue à la ligne défaillante, à l'exclusion de l'enfant naturel, et celui-ci serait réduit à la moitié de la succession, étant en concours uniquement avec un ascendant. Par conséquent il ne peut pas recueillir davantage lorsque cette ligne est encore représentée; il serait déraisonnable que sa part fût plus grosse lorsqu'il y a dans la famille légitime un plus grand nombre de participants.

Je répondrai que la grosseur de la part attribuée à l'enfant naturel ne dépend pas du *nombre* de ses adversaires, mais de leur *qualité*. A ce point de vue cent collatéraux ne valent pas un ascendant. L'enfant naturel n'aura que moitié, alors qu'il existera seulement un ascendant dans chaque ligne; il aura les trois

Digitized by Google

quarts quelque soit le nombre des parents légitimes. Quand le nombre de ces parents augmente, ce n'est pas la part de l'enfant naturel qui diminue; c'est la leur. Ce résultat, qui choque si fort M. Demolombe dans notre espèce, n'est donc pas une raison pour écarter le système, il ne peut pas le rendre inadmissible, puisque lui-même est admis par la loi dans d'autres cas.

4° Le système de la fente, dit M. Demolombe a pour but de maintenir l'égalité entre les deux branches de la famille; l'esprit de la loi serait méconnu, si l'une d'elles recevait une part moins forte que celle de l'autre ligne. Il est bien vrai que, d'après l'art. 733, C. civ., la succession se partage « en deux parts égales », mais nous ne violons aucunement cette disposition : la succession se partage également entre les deux lignes, mais la loi n'a pas dit que les parts de chaque héritier seraient égales. Pour le démontrer Demante disait que l'ascendant a une réserve et que les collatéraux n'en ont pas, si bien que les uns peuvent être réduits à rien par des libéralités, tandis que l'autre gardera toujours le quart de la succession. On lui a objecté que le droit de succession de l'enfant naturel ne pouvait pas être assimilé au droit des donataires et légataires du défunt. La réponse ne porte pas, car ce n'est pas là un effet propre aux legs et aux donations. Les causes d'inégalité entre héritiers, malgré l'égalité du partage entre les deux lignes, sont bien plus nombreuses. L'inégalité peut provenir du nombre variable des personnes qui représentent chaque ligne, du partage par souches, d'autres causes peut-être. La loi elle-même rompt l'égalité entre les lignes lorsqu'elle établit l'usufruit légal des ascendants privilégiés. L'inégalité peut donc tenir aux règles de la dévolution héréditaire *ab intestat*. Pourquoi ne résulterait-elle pas de la présence d'un enfant naturel ?

5° L'argument de M. Demolombe indiqué sous ce numéro s'adresse uniquement à ceux qui traitent différemment les frères ou sœurs et les descendants de frères ou sœurs en concours avec un enfant naturel. Comme cette distinction est ordinairement rejetée, je crois inutile de réfuter l'argument qu'on lui oppose et je laisse à ses partisans le soin de répondre sur ce point à M. Demolombe.

6° Enfin M. Demolombe croit que ses adversaires se jettent dans

Digitized by Google

un embarras très grave, à cause du droit d'usufruit légal attribué au père ou à la mère, en concours avec des collatéraux, sur le tiers de la portion attribuée à l'autre branche. Si l'on réduit ces collatéraux à un quart de leur part, on réduit du même coup l'usufruit de l'ascendant, et il n'aura plus, en ce cas, toute la part à laquelle il a droit. Mais il y a deux moyens pour un de régler la situation. Si l'on veut respecter à la lettre la disposition de l'art. 754, il faut attribuer à l'ascendant son usufruit, en le réduisant de moitié à cause de la présence de l'enfant naturel et en le faisant porter proportionnellement sur les biens attribués aux collatéraux et sur la portion que leur enlève l'enfant naturel. C'est la seule façon de respecter la loi qui donne à l'ascendant l'usufruit « du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété ». M. Demolombe rejette cette solution en disant que donner à l'enfant naturel une *nue-propriété*, c'est créer pour lui un mode de succession que la loi ne connaît pas; il nous semble pourtant que la loi elle-même le lui donne puisqu'elle le met en conflit avec un cosuccesseur qui a droit à l'usufruit d'une partie de sa part.

Que si on ne veut pas de cette solution, en voici une autre. L'art. 754 ne détermine que la quotité du droit d'usufruit accordé à l'ascendant : c'est le tiers de la part des collatéraux. La loi ne détermine pas la part sur laquelle ce droit s'exerce; il variera donc avec la part des collatéraux, dont il est seulement une fraction. En d'autres termes, la loi ne garantit pas à l'ascendant que ce tiers en usufruit sera toujours un sixième de la succession. On voit donc qu'on a tort de reprocher à ce système de ne pas donner à l'ascendant toute la part d'usufruit à laquelle il a droit. L'ascendant a droit à une quote-part de la portion recueillie par les collatéraux, et non pas à une quote-part invariable de la succession.

En somme, de tous les arguments qu'on donne à l'appui du système que nous discutons, il n'en est aucun qui soit irréfutable; les considérations qu'on peut faire valoir en sens inverse se présentent avec une apparence au moins aussi satisfaisante. Dans cet état d'équilibre, chacun se détermine par une raison secrète et la solution dépend de la tendance personnelle qu'on peut avoir à étendre ou à restreindre les droits de l'enfant naturel.

Digitized by Google

VI.

Donation, inexécution des charges, extinction de l'action en résolution. (Cour de Bordeaux, 1er février 1888, Dalloz, 1890, II, 83).

Une personne avait donné à une autre un immeuble à charge de rente viagère. La rente n'étant pas payée, le donateur avait commencé par faire saisir l'immeuble donné. Mais, l'adjudication ayant donné un prix insuffisant pour assurer le service de la rente, le donateur s'était ensuite décidé à demander la résolution de la donation pour inexécution des charges.

Son action soulevait une double question.

1° L'art. 717 du Code de procédure civile décide que l'action en résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix est éteinte lorsque la demande en résolution n'a pas été notifiée avant l'adjudication au greffe du tribunal où se poursuit la vente. Cet article est-il applicable au cas où la demande en résolution est exercée non pas par un vendeur non payé, mais par un donateur qui n'a pas obtenu l'exécution des charges?

La négative est certaine. L'art. 717, Proc., doit s'interpréter strictement, parce qu'il établit une déchéance. Or, il vise uniquement les actions en résolution exercées par un *vendeur*. Il ne saurait donc s'appliquer à un *donateur*, car le donateur, même lorsque la donation est accompagnée de certaines charges imposées au donataire, n'est pas un vendeur, et notamment on lui refuse le privilège qui assure à ce dernier le paiement du prix. Il en est ainsi alors même que la charge qui accompagne la donation est payable en argent et ressemble ainsi à un prix de vente, pourvu toutefois que la nature réelle du contrat ne puisse pas être mise en doute.

Il faut encore aller plus loin : le vendeur lui-même ne se verrait pas opposer la cause d'extinction écrite dans l'art. 717, Proc. civ., si son action en résolution était fondée sur une autre cause que le défaut de paiement du prix, par exemple sur l'inaccomplissement d'une obligation spéciale imposée à l'acheteur,

Digitized by Google

telle que la nécessité de construire sur le terrain vendu à l'état de terrain nu [1].

Cette première question avait déjà été tranchée dans ce sens par la Cour de Bordeaux (26 juin 1852, Sir., 53, II, 45) et par la Cour de Caen (19 février 1856, Dall. 57, II, 44).

2° Le fait d'avoir lui-même poursuivi la saisie et l'adjudication de l'immeuble donné pouvait-il être considéré comme emportant, de la part du donateur, renonciation tacite au droit de demander ensuite la résolution de la donation ?

La Cour a jugé la question négativement. Les renonciations ne se présument pas. Une renonciation tacite ne peut résulter que d'un fait qui implique nécessairement l'abandon du droit, c'est-à-dire qui serait en contradiction avec la réserve et l'exercice de ce droit. La Cour n'a pas trouvé cette intention dans la poursuite intentée par le donateur. La saisie, dit-elle, n'est que l'exercice du droit de gage qui appartient à tout créancier. Elle prête au poursuivant la pensée de réserver son action en résolution jusqu'au moment où, par l'effet de la vente et de la collocation dans l'ordre, il lui serait démontré qu'il ne sera point payé. Même en admettant que la saisie emporte renonciation, l'efficacité de cette renonciation serait subordonnée à la condition que le poursuivant obtiendra son paiement. Si cette éventualité ne se réalise point, sa renonciation doit être réputée non avenue, et il reprend sa liberté d'action.

Tel est le raisonnement de la Cour. On pourrait encore l'appuyer sur cette règle générale, d'après laquelle, lorsque deux actions différentes sont ouvertes à une personne à raison d'une même cause, le choix qu'elle fait en exerçant l'une d'elles ne vaut pas renonciation au droit d'exercer l'autre (Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, § 323, p. 202).

[1] MM. Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, 4e édit., t. IV, § 356, p. 402, texte et note 47), Larombière (*Traité des obligations*, t. II, art. 1184, nos 16 et 64), Colmet de Santerre (*Cours analytique de Code civil*, t. V, n° 105 *bis*, VI) et Demolombe (*Traité des obligations*, t. II, n° 505) donnent cette solution à propos de la cause de déchéance établie par l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, mais il y a même raison de décider dans notre hypothèse.

Digitized by Google

Cette solution a été contestée[1]. Nous reconnaissons que la question est fort délicate; les raisons qui militent contre le donateur ne manquent pas de force. Néanmoins, nous croyons que la Cour a bien jugé.

Il est évident que le donateur pourrait perdre le droit d'exercer son action en résolution par une renonciation tacite, par exemple en intervenant pour approuver une vente, une constitution de servitude ou d'hypothèque consentie par le donataire. Il ne pourrait plus ensuite exercer cette action au détriment du tiers acquéreur, du voisin ou du créancier, qu'il aurait tacitement garanti. Mais pourquoi? C'est qu'on ne pourrait lui prêter d'autre pensée que celle de rassurer ce tiers contre toute crainte, de renoncer à son profit à l'action en résolution en se portant garant de l'acte consenti par le donataire. Le donateur intervient uniquement pour approuver cet acte; sa conduite ne peut recevoir aucune autre explication, car le donataire n'a pas besoin de son autorisation pour hypothéquer ou pour aliéner le bien qu'il a reçu. Mais dans notre hypothèse, lorsque la vente a lieu sous la forme de la saisie et sur les poursuites du donateur lui-même, on ne peut plus lui attribuer la même intention. Sa pensée est trop claire. Il cherche à se faire payer ce qui lui est dû; il emploie pour y arriver la seule ressource que lui laisse la mauvaise volonté ou l'insolvabilité de son débiteur, mais rien, en tout cela, n'autorise à dire qu'il ait entendu renoncer au droit de demander la résolution.

Dira-t-on que, abstraction faite de son intention réelle, le seul fait d'avoir exercé des poursuites pour se faire payer entraîne la perte de son autre action? Il en eût été ainsi en droit romain, où le vendeur était très certainement réduit à choisir entre deux actions, l'action *venditi* pour obtenir le paiement du prix, et l'action *præscriptis verbis* pour demander la restitution de la chose. Le choix qu'il faisait en exerçant l'une épuisait son droit, et il ne pouvait plus exercer l'autre: « *Nec posse, si commissoriam elegit, postea variare.* » Papinien cité par Ulpien, Fr. 4, § 2, Dig., *De lege commissoria*, XVII, 3). — « *Si venditor pretium*

[1] Voyez la note qui accompagne l'arrêt dans Dalloz.

Digitized by Google

petat, legi commissoriæ renuntiatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest » (Hermogénien, *ibid.*, Fr. 7). Papinien et Ulpien lui imposaient même l'obligation de faire son choix rapidement, « *statim atque lex commissa est* » (Fr. 4, § 2, précité).

Toutes ces règles romaines ne sont plus que des souvenirs historiques. Nos anciens auteurs, qui dans la matière des obligations ne faisaient guère que répéter ce qu'avaient dit avant eux les jurisconsultes romains, donnaient encore les mêmes solutions (Pothier, *Du contrat de vente*, n° 463). Mais la promulgation du Code Napoléon a donné lieu à une jurisprudence nouvelle. Aucun délai, court ou long, n'est imposé au vendeur pour faire son choix entre les deux actions, et le choix qu'il fait n'a rien, en principe, d'irrévocable. Ce sont là des points qui ne sont pas douteux.

Il faudrait donc trouver dans l'espèce une idée particulière qui mît empêchement à l'exercice de l'action en résolution, qui fermât au donateur après l'adjudication tout retour en arrière.

Ici encore on pourrait faire intervenir un souvenir du droit romain. Les jurisconsultes romains admettaient comme nous que le créancier qui vend la chose à lui donnée en gage par son débiteur ne devient pas garant de la vente, à moins qu'il n'ait promis la garantie d'une façon spéciale ou qu'il n'ait commis un dol (rescrit de Gordien, L. 2, Code, *Creditorem evictionem non debere*, VIII, 46). Mais la dispense de garantie accordée au gagiste n'était pas complète : il restait tout au moins tenu de son propre fait et il ne pouvait pas lui-même enlever la chose à l'acheteur, lorsqu'il acquérait ensuite sur cette chose un droit de propriété ou tout autre droit lui donnant une action réelle capable de causer une éviction : « *Et si is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad creditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia causa quæstionem movere.* » (Paul, Fr. 10, Dig., *De distractione pignorum* XX, V).

Mais cette remarque ne saurait avoir aucune portée en droit français. Dans les idées romaines, c'était le créancier gagiste qui vendait, c'était en sa personne que se réalisaient les effets juridiques de la vente, tant actifs que passifs. Le suppression de l'obligation de garantie n'était qu'une faveur qui lui avait été

Digitized by Google

faite par les rescrits impériaux, pour le décharger d'une des conséquences naturelles de la vente.— Dans nos idées françaises, ce n'est plus le créancier poursuivant qui est vendeur, c'est le débiteur, c'est le saisi qui joue ce rôle. La créancier *fait vendre*, il ne vend pas lui-même ; nous considérons la saisie comme une vente forcée faite par le débiteur. Avec un pareil point de vue il est bien impossible de maintenir la règle romaine, et d'imposer au créancier saisissant une part, si faible qu'elle soit, de l'obligation de garantie. Puisque ce n'est pas lui qui est vendeur, il ne peut être à aucun degré tenu des obligations de la vente.

MARCEL PLANIOL.

LA LOI DU 24 JUILLET 1889, SUR LA PROTECTION DES ENFANTS MALTRAITÉS OU MORALEMENT ABANDONNÉS ET SON APPLICATION,

Par M. J. CHARMONT, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

L'autorité paternelle, dans notre droit, finit normalement par la majorité ou l'émancipation de l'enfant. Mais, par exception, elle peut être prématurément retirée aux parents indignes : l'effet de la loi du 24 juillet 1889 a été d'augmenter singulièrement l'importance de cette exception. Avant le vote de cette loi, l'indignité des parents n'entraînait la perte de leurs droits que dans deux cas seulement [1] : 1° L'art. 335 du Code pénal déclarait déchus de la puissance paternelle les père et mère condamnés pour avoir facilité la débauche de leurs enfants ; 2° La loi du 7 décembre 1874 avait établi une autre cause de déchéance en déci-

[1] Il n'est pas inutile d'observer que ces dispositions rigoureuses édictées contre les parents sont postérieures au Code civil. Le Code cependant n'avait vu dans l'autorité paternelle qu'un pouvoir de protection établi dans l'intérêt de l'enfant, mais il n'avait pas osé consacrer toutes les conséquences que devait entraîner logiquement un pareil principe. Ces conséquences se sont imposées peu à peu. Le législateur et la jurisprudence ont été amenés à intervenir, toutes les fois que les obligations qui pouvaient justifier le droit du père de famille n'étaient pas remplies, ou toutes les fois que ce droit était détourné de son but.

Digitized by Google

dant que les père et mère qui auraient livré leurs enfants âgés de moins de seize ans à des entrepreneurs de mendicité ou à des gens exerçant une profession ambulante, ou qui eux-mêmes auraient fait mendier leurs enfants âgés de moins de douze ans, pourraient être privés de leur droit de puissance paternelle. Mais dans ce dernier cas, la privation était seulement facultative.

En dehors de ces hypothèses aucun texte ne prévoyait d'autres causes de déchéance, et en l'absence d'un texte, les tribunaux qui avaient cru pouvoir intervenir pour réprimer les abus d'autorité ne pouvaient aller jusqu'à nier absolument cette autorité et enlever au père un droit qui lui était conféré par la loi [1]. Il y avait donc dans notre législation un vice grave qu'on avait souvent signalé. L'autorité paternelle subsistait dans des cas où l'indignité des parents était cependant manifeste. Ainsi l'art. 335, C. pén. qui déclarait déchus de leurs droits les parents condamnés pour avoir provoqué ou facilité la débauche de leurs enfants ne les privait de leur autorité que sur l'enfant victime des faits qui avaient entraîné la condamnation, mais s'ils avaient d'autres enfants, ils conservaient sur eux dans toute sa plénitude la puissance paternelle. De même les parents condamnés pour avoir maltraité ou sequestré leurs enfants, pour avoir contrevenu à plusieurs reprises et de la façon la plus grave à la loi qui réglemente le travail des mineurs dans l'industrie conservaient tous leurs droits en dépit de ces condamnations. La possibilité pour les tribunaux d'intervenir en cas d'abus ne constituait pas évidemment pour l'enfant une protection suffisante, d'abord parce que cette intervention ne pouvait se produire que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. Personne surtout pendant le mariage n'avait qualité pour agir au nom de l'enfant [2] : il y avait bien une cer-

[1] Cass. 27 janvier 1879, S. 79. 1. 464. V. l'analyse et l'examen critique de cette jurisprudence dans les notes de MM. de Loynes (D. 90. 2. 25) et Naquet (S. 91. 2. 25). Conf. Testoud, *Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet* 1889. (*Rev. crit. de législ.*, 1891, p. 16). Didier, *Etude sur la loi du 24 juillet* 1889, Paris 1891, p. 66.

[2] Pendant sa minorité l'enfant est représenté par le père : évidemment le père ne peut agir contre lui-même. Pour sortir de cette situation difficile,

Digitized by Google

taine tendance à admettre que celui-ci pouvait recourir lui-même à la protection du juge. Mais on conçoit combien il est difficile de supposer que l'enfant maltraité ou dépravé par ses parents se trouvera cependant en état d'introduire contre eux une demande judiciaire. Et même en admettant que cette demande pût se produire, à quoi pouvait-elle aboutir? La mesure la plus efficace que pût prendre le juge était d'enlever au père l'exercice du droit de garde : mais cette mesure semblait très grave; on n'osait y recourir que lorsque un intérêt très pressant l'exigeait. Encore fallait-il, pour qu'on s'y décidât, que quelqu'un consentît à se charger de l'enfant. Et le plus souvent tout le monde l'abandonnait.

Ainsi s'imposait la nécessité d'une réforme législative. L'honneur d'en avoir pris l'initiative revient en grande partie au Dr Roussel, sénateur de la Lozère, qui fut déjà le promoteur de la loi du 23 décembre 1874 sur la protection des enfants du premier âge.

Le 27 janvier 1881, M. Roussel et un certain nombre de ses collègues présentaient au Sénat une proposition concernant les enfants abandonnés, délaissés ou maltraités[1]. Quelques mois plus tard, la même Chambre était également saisie d'un projet tendant au même but et déposé par le gouvernement[2]. Ces deux propositions se fondirent en une seule au cours de l'examen dont elles furent l'objet[3], et celle-ci définitivement votée par la Chambre

certains auteurs admettent que l'action pourrait être intentée pendant le mariage, par le père contre la mère ; après le décès de l'un des parents par le subrogé-tuteur contre le survivant tuteur légal. Enfin si personne ne faisait son devoir, le ministère public chargé de protéger les intérêts des incapables et la famille elle-même pourrait prendre une initiative (V. *le Droit dans la famille* de M. A. Boistel, p. 244). Nous n'entendons pas discuter ici cette opinion, mais nous pouvons observer tout au moins qu'elle tend à compléter la loi plutôt qu'à l'interpréter.

[1] Dépots *Journ. Off.* du 28 jamv. 1881, *Déb. parl.*, p. 17. Exposé des motifs. *Journ. Off. docum. parlem.* de février 81. p. 34.

[2] *Journ. Off.* du 9 décembre 1881, *Déb. parlem.*, p. 1443. Exp. des motifs, *Journ. Off. doc. parlem.* de décembre 81 p. 865.

[3] Rapport de M. Roussel présenté au Sénat le 25 juillet 1882. Sénat, session de 1882. Annexes n° 451, 3 vol. in-4°.

Digitized by Google

haute[1] fut transmise le 27 juillet 1883 à la Chambre des députés [2]. Mais après de longues vicissitudes, l'exagération des charges financières qu'allait entraîner l'adoption de ce projet, la difficulté même d'évaluer exactement ces charges vinrent tout arrêter. En réalité la réforme proposée remaniait absolument toute la législation des enfants assistés : en plaçant sous la protection de l'État tous les mineurs abandonnés ou délaissés, c'est-à-dire tous ceux dont les père et mère sont morts, disparus ou inconnus ou qui sont livrés par leurs parents à la mendicité ou au vagabondage, cette réforme devait entraîner une somme considérable de dépenses nouvelles. Quelques députés avaient songé à créer une caisse de dotation spéciale, et à l'alimenter par le produit de toutes les successions *ab intestat* supprimées en ligne collatérale à partir du sixième degré [3]. Mais cette idée, bien qu'assez séduisante, ne semblait pas devoir être aisément accueillie.

Pour sauver au moins une partie de la réforme, le gouvernement se décida à détacher de l'ensemble du projet les dispositions les plus importantes, en sacrifiant celles qui devaient occasionner le plus de frais C'est ce projet restreint qui a été soumis aux Chambres après avoir été préparé par le Conseil d'État et le Conseil supérieur de l'assistance publique, et c'est lui qui est devenu la loi du 24 juillet 1889 [4]. Cette loi, se divise en deux

[1] 10 juillet 1883. V. le *J. Off.* de 1883, *déb. parlem.*, p. 807, 824, 834, 854.

[2] *Journ. Off.* du 28, *déb. parlem.*, p. 1935.

[3] V. sur ce point le deuxième rapport de M. Gerville-Reache déposé dans la séance du 29 janvier 1885 (n° 3481).

[4] *Journ. Off.* du 25 juillet. Trav. prépar. Présentation du projet à la Chambre des députés par les ministres de l'intérieur et de la justice le 22 décembre 88 (*Journ. Off.* du 23, *déb. parl.*, p. 3067), exposé des motifs et annexes. Rapport de M. Brueyre au Conseil de l'Ass. publ. Rapport de M. Courcelle-Seneuil au Conseil d'Etat (Ch. des dép., annexes de 1888, n° 3389, p. 706 et s.). Rapport de M. Gerville-Reache le 12 janvier 1889 (*Journ. Off.*, annexes de 1889, n° 3481, p. 1), 1re délibération et adoption sans discussion le 18 mai 1889, (*J. Off.* du 19), 2e délibération, discussion et adoption le 25 mai (*J. Off.* du 26). — Dépôt au Sénat le 18 juin (*Journ. Off.* du 19). Rapport de M. Roussel, dépôt, lecture et déclaration d'urgence le 10 juillet 1889 (*Journ. Off.* du 11). Adoption sans discussion le 13 juillet (*Journ. Off.* du 14). Circulaire du Ministre de l'Intérieur du 16 août 1889;

Digitized by Google

titres, mais en réalité elle comprend trois parties distinctes. La première traite de tout ce qui se rapporte à la déchéance de la puissance paternelle. La seconde indique quelles mesures devront être prises pour assurer le sort de l'enfant enlevé à l'autorité de ses parents. Enfin la dernière partie s'occupe des mineurs placés avec ou sans intervention des parents chez des personnes ou des établissements charitables, et donne à ces personnes ou ces établissements les droits nécessaires pour pourvoir à l'éducation des enfants qu'ils ont recueillis.

PREMIÈRE PARTIE. — *Déchéance de la puissance paternelle.*

L'étude des dispositions comprises dans cette première partie soulève trois sortes de questions. § 1er. Dans quels cas la déchéance est-elle prononcée? § 2. Quelle est la procédure à suivre et quels sont les effets de cette déchéance? § 3. Comment peut-elle en être effacée?

§ 1er. *Dans quel cas la déchéance est prononcée.* — La loi distingue deux sortes de cas : les uns particulièrement graves dans lesquels les parents sont déchus de plein droit, les autres dans lesquels la déchéance est simplement facultative.

Il résulte de l'art. 1er que les père et mère et ascendants sont déchus de plein droit dans quatre cas :

1° *Lorsqu'ils sont condamnés par application du § 2 de l'art. 334 du Code pénal.* — Le fait prévu par ce paragraphe, c'est le délit d'excitation à la débauche commis par le père ou la mère sur son enfant, l'instituteur sur ses élèves, le patron sur son ouvrier, le tuteur sur son pupille.

2° *Lorsqu'ils sont condamnés comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime commis sur la personne d'un de leurs enfants ou par un ou plusieurs de leurs enfants.* — Ainsi le texte suppose que l'enfant a été victime d'un crime commis par les parents ou que ceux-ci ont participé à un crime commis par l'enfant.

3° *Lorsqu'ils sont condamnés deux fois comme auteurs, coau-*

Bulletin du Ministère de l'intérieur, année 1889). Circulaire du garde des sceaux, 21 septembre 1889 (*Journ. Off.* du 17 octobre 1889, p. 5137). Nouvelle circulaire du garde des sceaux 4 mars 1891.

Digitized by Google

teurs ou complices d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants. — Comme il s'agit ici non plus d'un crime, mais d'un délit, la déchéance n'est encourue de plein droit qu'en cas de récidive.

4° *Enfin lorsqu'ils ont été condamnés deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche.* — L'excitation à la débauche est punie de peines plus ou moins fortes suivant que le coupable avait ou non autorité sur la victime. Si l'auteur du délit avait autorité sur le mineur, dont il était, par exemple, le père, l'instituteur ou le patron, sa responsabilité est nécessairement aggravée : nous savons qu'un seul fait de cette nature suffit pour entraîner de plein droit la déchéance (art. 110); si au contraire, le coupable n'avait aucune autorité sur le mineur, la déchéance n'est encourue de plein droit qu'en cas de récidive.

En second lieu, nous avons vu qu'à côté de la déchéance de plein droit, la loi institue une déchéance facultative, et détermine les cas dans lesquels les tribunaux pourront la prononcer. Ces cas sont au nombre de six. Les quatre premiers supposent une condamnation antérieure des parents : dans les deux derniers cas, au contraire, la déchéance peut leur être appliquée sans qu'ils aient été condamnés.

Les quatre condamnations pouvant entraîner la déchéance sont les suivantes (art. 2) :

1° *Condamnation des père et mère aux travaux forcés à perpétuité ou à temps ou à la réclusion comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime autre que ceux prévus par les art. 86 à 101 du Code pénal.* — Les articles dont il s'agit visent les crimes contre la sûreté intérieure de l'État, c'est-à-dire des délits politiques, qui sont punis à raison du danger social qu'ils présentent, mais qui n'ont souvent rien d'infamant pour celui qui les a commis.

2° *Une double condamnation prononcée à raison de l'un des faits suivants : vagabondage, séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants.* — Parmi ces faits il en est dont la qualification peut varier selon les circonstances. Ainsi la séquestration sera considérée selon sa durée comme un crime ou comme un délit (C. pén., art. 341 et sq.); l'exposition d'un en-

Digitized by Google

fant, au lieu d'être punie comme un simple délit, entraîne l'application d'une peine criminelle lorsqu'elle a causé la mutilation de la victime ou sa mort (art. 351); de même l'art. 345 traite la suppression d'enfant comme un crime s'il est établi que l'enfant a vécu, et comme un fait délictueux si cette preuve n'est pas faite. Dans tous ces cas on doit se demander s'il ne faut tenir aucun compte de ces distinctions et si la déchéance reste toujours facultative quelle que soit la peine prononcée. La Cour d'assises de la Drôme, saisie de la question, l'a résolue affirmativement et par un arrêt du 26 octobre 1889 elle a décidé qu'il n'y avait pas lieu de priver de ses droits une mère reconnue coupable d'avoir supprimé un enfant né vivant et condamnée de ce chef à cinq ans de réclusion. Pour appuyer cette interprétation on invoque la généralité des termes employés par l'art. 2-2° de la loi de 1889 : L'art. 2-2° classe parmi les causes de déchéance facultative non pas seulement les délits de séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfants, mais tous les *faits* de cette nature sans se préoccuper de leur qualification. Nous croyons cependant qu'on ne peut éviter de faire cette distinction, qui résulte sinon du texte même de l'art. 2, tout au moins d'un rapprochement très significatif. En effet, l'art. 1er-2° déclare expressément que les parents seront déchus de plein droit toutes les fois qu'ils auront été condamnés comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime commis sur la personne de leur enfant. Il suit de là que dans les cas énumérés par l'art. 2-2° la déchéance ne sera facultative qu'autant qu'il s'agira d'un simple délit. Au reste, un membre de la Chambre des députés qui a été à plusieurs reprises rapporteur de la loi et qui a pris une part très importante à sa préparation s'est clairement expliqué sur ce point : « S'agit-il de délits commis par le père ou la mère sur la personne de leurs enfants, écrivait M. Gerville-Réache dans son rapport du 13 juillet 1888 [1] ; deux condamnations seront nécessaires pour la déchéance de la puissance paternelle, comme le voulait d'ailleurs l'ancienne rédaction. Nous soutenons cette proposition devant la Chambre, car il peut arriver dans bien des cas que les délits qui vont entraîner les condamnations soient en réalité de peu d'importance. S'agit-

[1] *Journ. Off.* Annexes de la Chambre, année 1888, n° 1081.

Digitized by Google

il au contraire d'un crime commis par le père ou la mère sur la personne de leurs enfants.., alors une condamnation suffit pour que la déchéance soit prononcée, la perversité des père et mère qui commettent un crime sur leurs enfants nous paraît suffisamment établie. »

Ainsi le caractère obligatoire ou facultatif de la déchéance dépendra de la nature de la peine : en pratique ce système a définitivement prévalu. En effet, la décision de la Cour d'assises de la Drôme qui s'était prononcée en faveur d'une opinion contraire a été sur l'ordre du ministre de la justice déférée à la Cour de cassation et annulée dans l'intérêt de la loi par un arrêt de la Chambre criminelle du 8 mars 1890[1].

3° *Condamnation prononcée en vertu de l'art. 2, § 2 de la loi du 23 janvier 1873 ou des art. 1, 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874.* — L'art. 2, § 2 de la loi du 23 janvier 1873 prévoit la récidive du délit d'ivresse publique après une première condamnation prononcée depuis moins d'un an. Quant à la loi de 1874, nous avons déjà fait observer qu'elle punit les parents qui ont livré leurs enfants à des gens exerçant une profession ambulante ou les ont eux-mêmes employés à des métiers de cette nature avant qu'ils eussent atteint un certain âge.

4° *Condamnation pour excitation de mineurs à la débauche.* — Ici encore, il peut être bon d'observer que lorsque les parents sont condamnés deux fois pour un tel fait, la déchéance est encourue de plein droit (art. 1-4°), elle est au contraire facultative, lorsqu'une seule condamnation a été prononcée.

Il nous reste maintenant, pour achever cette énumération, à indiquer les deux cas où la déchéance de la puissance paternelle peut être appliquée, malgré l'absence de toute condamnation pénale.

Le premier de ces cas est celui où *l'enfant a été conduit dans une maison de correction par application de l'art. 66 du C. pén.* qui autorise cette mesure lorsque le tribunal reconnaît qu'un mineur de seize ans, auteur d'un fait délictueux, a agi sans discernement. On a pu constater qu'en pareille hypothèse la faute de l'enfant s'explique le plus souvent par le défaut de surveil-

[1] V. S. 1891. 1. 281 et la note de M. Bourcart.

Digitized by Google

lance ou les mauvais exemples de ses parents, et l'on a voulu, en autorisant la déchéance, éviter que l'enfant, au sortir de la maison de correction, ne fût replacé sous l'autorité de ses parents.

La seconde disposition, permettant de prononcer la déchéance en dehors de toute condamnation, vise *les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse, ou par de mauvais traitements compromettent la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants*. Comme le fait remarquer la circulaire du ministre de la justice, cette disposition est analogue à celle de l'art. 444 du C. civil qui exclut de la tutelle et déclare destituables, s'ils sont en exercice, les gens d'une inconduite notoire. Mais cette analogie ne doit pas nous empêcher d'apercevoir la très grande importance de cette innovation; la déchéance de la puissance paternelle est une mesure autrement grave que l'exclusion de la tutelle [1] et le juge, dans les hypothèses précédentes, était bien loin d'avoir la liberté d'appréciation qu'on lui laisse ici [2].

[1] Ainsi l'on est d'accord pour reconnaître que la destitution de la tutelle n'entraine pas nécessairement la déchéance (*Sic* Poitiers. 21 juillet 1890, Dz 91, 2e p. p. 73).

[2] On a pu, par exemple, déclarer déchu le pére qui « avait abandonné le domicile conjugal et cessé de s'occuper de ses enfants, alors surtout qu'avant sa disparition il menait une vie déréglée » (Trib. d'Orléans, 12 août 1890, *Gazette du Palais* du 11 avril 1891). Cependant le rapport du directeur de l'Assistance publique de Paris, sur le service des enfants moralement abandonnés pendant l'année 1889, signale avec une sorte de regret, qui nous parait d'ailleurs parfaitement justifié, les hésitations qu'apporte le tribunal de la Seine dans l'application de l'art. 2-6°. Nous lisons notamment à la page 29 de ce rapport : « Chaque fois que l'enquête faite, à la suite de l'admission d'un enfant, m'a révélé l'inconduite notoire de ses parents, ou les mauvais traitements dont il avait été victime, j'ai immédiatement dénoncé les faits au Procureur de la République, le priant d'user des droits que lui confère l'art. 3. Jusqu'à ce jour dix-huit cas d'indignité lui ont été signalés, et à sa requête, le tribunal a rendu huit jugements, dont j'ai pensé qu'il était intéressant de vous donner la teneur intégrale que vous trouverez aux annexes de ce présent rapport. Six jugements frappent les parents d'indignité et décident que les droits de puissance paternelle seront exercés par l'Assistance publique. Deux jugements au contraire rejettent les conclusions du Ministère public et maintiennent les parents dans l'exercice de leurs droits. Ces deux jugements, par leurs con-

Digitized by Google

Tels sont les cas dans lesquels la déchéance est encourue [1]. Il est assez difficile de dégager de ces différents cas l'idée générale dont le législateur s'est inspiré : il nous semble cependant qu'on peut tout au moins les résumer en posant les règles suivantes :

1° La déchéance ne résulte en principe que d'une condamnation à une peine criminelle : toutefois la condamnation à une peine correctionnelle peut entraîner cette conséquence lorsqu'elle

sidérants, présentent un intérêt tout particulier. Dans l'un, la mère a subi de nombreuses condamnations pour mendicité et son inconduite passée est notoire ; dans le second, le père comprend qu'il a mérité d'être déchu de sa puissance paternelle et ne s'y oppose pas. Le tribunal a passé outre et rejeté. Deux affaires n'ont pas paru suffisamment motivées, et le Ministère public n'a pas poursuivi. Enfin huit affaires sont encore en instruction entre les mains du parquet. »

[1] L'application de la loi dans toutes ces hypothèses ne paraît pas avoir soulevé de grandes difficultés. Pourtant une controverse s'est élevée entre les premiers interprètes sur le point de savoir si les père et mère sont déchus de leur autorité lorsque la condamnation à raison d'un fait prévu par l'art. 1er a été prononcée contre eux avant leur mariage ou tout au moins avant la naissance de l'enfant. Voici par exemple, disait à la Chambre M. Boreau-Lajanadie (séance du 28 mai 1889, *Journ. Off.* du 29, *Déb. parlem.*, p. 1123) : « un instituteur qui a commis dans sa jeunesse un crime sur la personne d'une jeune fille son élève ; il est puni, il expie sa faute ; plus tard il peut devenir honnête et se marier. » Reste-t-il à tout jamais privé de la puissance paternelle? On a soutenu que l'on ne pouvait répondre affirmativement à cette question sans exagérer les rigueurs de la loi. La déchéance ne s'applique qu'aux père, mère et ascendants; par conséquent, elle suppose une condamnation ou un acte d'indignité postérieurs à la naissance de l'enfant (*Sic* Didier, *Etude sur la loi du 24 juillet* 1889, p. 63). Il nous semble cependant que la généralité des termes employés par l'art. 1er ne permet aucune distinction. L'article suppose que les parents ont été condamnés, mais ne se préoccupe pas de savoir à quel moment la condamnation a été prononcée. On ne comprendrait pas que l'on recherchât si elle n'est pas antérieure au mariage des père et mère, car ce n'est pas seulement aux parents mariés que la loi s'applique, mais à tous ceux qui ont des droits sur les enfants. On ne voit pas davantage pourquoi la condamnation devrait précéder la naissance du premier enfant, puisque les père et mère ne perdent pas seulement leurs droits sur celui-là, mais sur tous ceux qu'ils pourraient avoir ultérieurement et deviennent en outre incapables d'être tuteurs, subrogés-tuteurs, curateurs ou membres d'un conseil de famille (art. 8 et 9 *in fine*).

Digitized by Google

a été prononcée à raison d'un délit particulièrement grave ou dont l'enfant a été victime ;

2° Pour savoir si la déchéance est applicable, si elle est facultative ou obligatoire, on tient compte non seulement de la gravité, mais aussi de la pluralité des délits ;

3° En l'absence de toute condamnation l'indignité des parents est toujours considérée comme une cause suffisante.

§ 2. *Procédure et portée d'application.* — L'action en déchéance peut être intentée par certains parents ou par le ministère public.

Aux termes de l'art. 3, les parents du mineur qui ont qualité, pour exercer cette action sont les parents au degré de cousin-germain ou à un degré plus rapproché.

Au ministère public les instructions de la chancellerie recommandent d'agir avec une très grande réserve. En dehors des cas où la déchéance est encourue de plein droit, et où la loi par conséquent exige formellement l'intervention du parquet, il importe, dit une circulaire du Garde des sceaux « que cette intervention ne se produise qu'avec la plus grande circonspection et à titre tout à fait exceptionnel dans des circonstances où le plus léger doute ne saurait s'élever sur son opportunité. » Nous ne connaissons pas encore par des statistiques officielles dans quelle mesure la loi a été appliquée, mais il est permis de craindre que les instructions trop bien observées du Garde des sceaux n'aient rendu cette application beaucoup trop rare [1].

En principe la déchéance est prononcée par le tribunal civil du domicile ou de la résidence du père ou de la mère de l'enfant (art. 3). Toutefois, lorsque les tribunaux répressifs prononcent une peine pouvant motiver cette mesure, ils peuvent eux-mêmes et en même temps la prononcer [2] (art. 9). Dans ce dernier

[1] Le rapport précité du directeur de l'Assistance publique de Paris au préfet de la Seine constate que les jugements rendus en 1889 en vertu de l'art. 2 § 6, ne l'ont été qu'en suite de son intervention (p. 30).

[2] Lorsque la déchéance est obligatoire, faut-il qu'elle soit cependant prononcée ? M. Didier parait admettre qu'en pareil cas elle résulte de plein droit du seul fait de la condamnation (*Etude sur la loi de* 89, p. 64). Cette opinion qui n'est pas suivie en pratique ne peut guère, croyons-nous, se

Digitized by Google

cas, le tribunal est réputé suffisamment éclairé par les débats auxquels a donné lieu le procès criminel ou correctionnel, qui s'est déroulé devant lui.

Au contraire, lorsque l'action est portée directement devant un tribunal civil, l'examen de la demande est entourée de certaines garanties :

1° Le procureur de la République fait procéder à une enquête sommaire sur la situation de la famille du mineur et sur la moralité de ses parents connus, qui sont mis en demeure de présenter au tribunal les observations et oppositions qu'ils jugent convenables (art. 4-1°) ;

2° Le ministère public ou la partie intéressée présente au président du tribunal un mémoire énonçant les faits et accompagné de pièces justificatives. Ce mémoire est notifié aux père et mère ou ascendants dont la déchéance est demandée (art. 4-2°);

3° La loi exige en outre que l'affaire soit spécialement examinée par un juge commis par le président et chargé de faire un rapport au tribunal (art. 4-3°) ;

4° Si le tribunal ne se trouve pas suffisamment éclairé, il peut, conformément aux art. 892 et 893 du C. de procéd. civ., relatifs à la procédure d'interdiction, ordonner une enquête et réclamer l'avis du conseil de famille (art. 4-4°). Ces mesures restent toutefois facultatives.

Après l'accomplissement de ces formalités, l'affaire est examinée en Chambre du conseil, et le jugement rendu en audience publique (art. 4 *in fine*). Il peut y avoir un grand intérêt à ce que l'exécution de ces décisions ne reçoive aucun retard. Aussi l'art. 4 décide que le jugement pourra être déclaré exécutoire nonobstant opposition ou appel. Et l'art. 5 ajoute que pendant l'instance en déchéance, la Chambre du conseil pourra ordonner, relativement à la garde et à l'éducation de l'enfant, toutes les me-

concilier avec l'ensemble des dispositions contenues dans l'art. 9. Ainsi le second paragraphe de cet article reconnait aux tribunaux répressifs le droit de statuer sur la déchéance à la suite de condamnations prévues par les art. 1 et 2. Or les condamnations prévues par l'art. 1er sont celles qui rendent la déchéance obligatoire.

Digitized by Google

sures provisoires qui paraîtront utiles, et qu'elles seront exécutoires par provision.

Pour éviter également de laisser trop longtemps en suspens la situation légale du mineur, on a cru devoir abréger les délais ordinaires pour faire opposition ou appel. L'appel appartient aux parties et au ministère public. Il doit être interjeté dans le délai de dix jours à compter du jugement s'il est contradictoire ; et s'il est rendu par défaut, du jour où l'opposition n'est plus recevable (art. 7). Les jugements par défaut prononçant la déchéance peuvent être attaqués par la voie de l'opposition dans le délai de huit jours à partir de la notification à la personne, et dans le délai d'un an à partir de la notification à domicile[1]. Si sur l'opposition, il intervient un second jugement par défaut, ce jugement ne peut être attaqué que par le voie de l'appel (art. 6).

La loi ne dit rien des voies extraordinaires de recours : il faut en conclure qu'elle n'apporte à cet égard aucune dérogation au droit commun. On s'est demandé seulement comment devait être formé le pourvoi en cassation : faudra-t-il suivre les règles prescrites en matière civile, ou celles applicables en matière pénale? Entre les unes et les autres il existe de nombreuses différences : la plus importante concerne la détermination de la juridiction. Dans le premier cas le pourvoi subit l'examen préalable de la Chambre des requêtes; dans l'autre, il est porté directement devant la Chambre criminelle. Par un arrêt du 23 février 1891[2], la Cour de cassation a décidé qu'il fallait suivre la procédure établie en matière civile, et saisir par conséquent la Chambre des requêtes. Si l'on fondait cette solution sur cette idée que le jugement ou l'arrêt, qui déclare un ascendant déchu de ses droits de

[1] Si la personne contre qui la déchéance a été prononcée a changé de domicile, il pourra se faire que le délai imparti pour faire opposition soit expiré avant qu'elle ait eu connaissance du jugement. « Mais, nous dit l'exposé des motifs de la loi, elle aura presque toujours à se reprocher l'abandon effectif de son enfant ; et, nous le répétons, il y a un intérêt majeur à fixer en tout cas dans le délai maximum d'une année la condition respective du mineur et de l'administration, de l'association ou du particulier qui l'aura accueilli. » Annexes de la Chambre des députés, année 1888, n° 3389, p. 708.

[2] *Sirey* 1891. 1, p. 168.

Digitized by Google

puissance paternelle, n'édicte pas une véritable peine, on serait naturellement amené à lui donner une portée générale. Mais il nous semble préférable d'admettre que l'on doit distinguer suivant que la déchéance a été prononcée par une juridiction civile ou une juridiction pénale. Suivant que nous serons dans l'une ou dans l'autre hypothèse, nous attribuerons compétence à la Chambre des requêtes ou à la Chambre criminelle. Cette distinction est tout à fait conforme à cette idée généralement admise, et conséquence de la hiérarchie instituée entre les tribunaux, que la juridiction d'appel est déterminée non par la matière de l'affaire, mais par celle de la juridiction qui statue en premier ressort[1].

Nous connaissons maintenant la procédure de la demande en déchéance : il nous reste à étudier les effets du jugement.

Ces effets peuvent se ramener à trois :

1° La déchéance s'applique non seulement aux père et mère, mais d'une manière générale aux ascendants et les prive de leurs droits sur *tous les enfants et descendants* (art. 1er). La loi nouvelle se montre ainsi plus rigoureuse que l'art. 335 du C. pénal, qui, frappant de déchéance les parents coupables d'avoir facilité la débauche d'un de leurs enfants, les destituait seulement de leur autorité sur celui qui avait été victime du délit, mais la laissait subsister sur les autres. Il faut ajouter que selon la loi de 1889, tout individu déchu de la puissance paternelle est incapable d'être tuteur, subrogé-tuteur, curateur ou membre d'un conseil de famille (art. 8). Il y a contre lui une présomption absolue d'indignité.

2° Le tribunal, en prononçant la déchéance contre le père, peut décider dans l'intérêt de l'enfant que les droits enlevés au père ne seront pas exercés par la mère (art. 9). On s'est élevé avec une certaine vivacité[2] contre cette extension de la déchéance

[1] Ce principe est accepté en jurisprudence (V. Cass. 18 avril 1885, S. 86. 1. 237). Rien ne permet d'affirmer que l'arrêt du 23 février 1891 ait eu l'intention de le méconnaître : il est bon d'observer en effet que cet arrêt a été rendu dans une espèce où la décision prononçant la déchéance émanait d'un tribunal civil.

[2] V. la notice de M. Léon Lallemand dans l'*Annuaire de législation française*, lois votées en 1889, p. 282, note 1.

Digitized by Google

à la mère, alors que le père seul s'est rendu coupable des faits qui pouvaient la justifier. Le législateur a jugé cependant nécessaire de maintenir une disposition certainement rigoureuse, mais sans laquelle la loi tout entière eût été souvent éludée. Que serait-il arrivé en effet si dans tous le cas l'autorité enlevée au père eût été transférée à la mère ? Il n'y aurait eu changement qu'en apparence; en réalité les choses seraient restées les mêmes; les mêmes abus se seraient perpétués : les deux époux continuant à habiter ensemble, la mère ne pouvait avoir qu'une autorité nominale, et en admettant qu'elle n'eût pas été complice des excès commis par le père, elle serait restée, autant qu'elle l'était avant, impuissante à les empêcher.

La mesure dont elle est l'objet appelle toutefois une double observation.

Elle s'applique à tous les enfants nés ou à naître, mais la Chambre du conseil peut, à la demande de la mère, les confier provisoirement à celle-ci durant la période du premier âge, où l'on ne conçoit guère qu'ils puissent se passer de ses soins (article 9).

La déchéance prononcée contre le père s'étend, en cas de second mariage et de survenance d'enfant, à la nouvelle femme; mais en ce cas, la mère peut demander au tribunal de lui attribuer la puissance paternelle sur ces enfants[1] (art. 9 *in fine*).

3° La déchéance prononcée est générale et s'applique indistinctement à tous les attributs de la puissance paternelle. Elle laisse subsister seulement entre les enfants et les parents l'obligation réciproque de se fournir des aliments.

Le projet primitif admettait au contraire que le père pourrait être privé seulement de certains de ses droits et conserver les autres. Mais cette déchéance partielle a été très critiquée au Con-

[1] La femme qui épouse un individu frappé de déchéance ne conserve-t-elle pas de plein droit son autorité sur les enfants qu'elle peut avoir eus d'un premier lit ? Bien que la situation de ces enfants soit également digne d'intérêt, et que la protection de la loi leur soit peut-être encore plus nécessaire qu'aux autres, nous n'hésitons pas à résoudre affirmativement la question par cela seul que l'art. 9 ne l'a pas prévue. Des dispositions pénales ou tout au moins privatives de droit doivent être entendues strictement.

Digitized by Google

seil d'Etat et définitivement écartée. « Le Conseil n'a pas admis, dit le rapporteur M. Courcelle-Seneuil, qu'un enfant pût être utilement soumis à deux puissances rivales, celle du père et celle du tuteur, ni que la première pût intervenir dans les actes de l'autre; il n'a pas compris qu'on pût être père à demi, ni au tiers, ni au quart. Pour que la situation de l'enfant soit stable, il faut qu'il soit placé sous l'une ou l'autre de ces puissances et que l'autorité du père soit entière ou ne soit pas[1]. »

Cette modification apportée au projet primitif est d'autant plus importante que depuis la promulgation de la loi, elle a fait naître une difficulté d'application dont plusieurs auteurs se sont préoccupés et à l'occasion de laquelle la jurisprudence s'est divisée.

On s'est demandé si la loi nouvelle n'avait pas enlevé aux tribunaux le droit de contrôler et de surveiller la puissance paternelle que les arrêts antérieurs leur avaient reconnu. On sait en quoi consistait et comment s'exerçait ce droit de contrôle. Un père abusait de son autorité, interdisait sans raison toute communication entre l'enfant et ses ascendants, ou compromettait par ses mauvais traitements ou son genre de vie la santé ou l'éducation de l'enfant. La justice intervenait, et sans enlever au père la puissance paternelle, puisque aucun texte de loi ne lui en donnait le droit, elle autorisait les communications que le père avait défendues, ou même, s'il le fallait absolument, confiait l'enfant à une tierce personne.

Eh bien, dit-on, la loi ne permet plus de prendre aujourd'hui de pareilles mesures : elles équivalent en effet à une déchéance partielle de la puissance paternelle, et cette sorte de déchéance n'a pas été admise. L'intention bien arrêtée du législateur, et qui résulte formellement des travaux préparatoires a été de donner à la mesure prononcée, obligatoire ou facultative, une portée générale.

Nous avons la conviction que ces objections n'ont rien de décisif.

On peut répondre tout d'abord qu'elles exagèrent singulièrement l'autorité des travaux préparatoires. L'opinion d'un rap-

[1] *J. Off.* Annexes de la Chambre. Session extraordinaire de 1888. Annexes n° 3389, p. 725 et s.

Digitized by Google

porteur, ou tout au moins la façon dont elle est motivée ne saurait avoir une si grande importance. Beaucoup de ceux qui ont pris part à la préparation de la loi ont pu écarter l'idée d'une déchéance partielle, non pas parce que cette déchéance ne se concevrait pas (car, quoi qu'en dise M. Courcelle-Seneuil, elle se conçoit très bien)[1], mais parce que le contrôle des tribunaux a paru devoir en tenir lieu. Ce n'est pas à dire d'ailleurs que les restrictions apportées par les arrêts à l'exercice de la puissance paternelle puissent être assimilées juridiquement à une déchéance. Dans les cas les plus graves, lorsqu'on enlevait au père la garde de son enfant, on lui laissait tout au moins le droit de surveiller les tiers auxquels cette garde était confiée. En outre, la mesure prise contre lui conservait toujours un caractère provisoire et pouvait être rapportée dès que les circonstances se modifiaient. Si on l'avait considérée comme une déchéance partielle, jamais on n'aurait admis que la jurisprudence pût la prendre, car avant comme après la loi de 1889 aucun texte ne permettait d'enlever au père une partie de ses droits.

Enfin, en s'élevant au-dessus des considérations de texte, on aperçoit comment l'interprétation que nous combattons aboutit à méconnaître les intentions généreuses qui ont inspiré la loi nouvelle. Tandis qu'elle voulait et devait être pour l'enfant abandonné ou maltraité par ses parents une loi de protection, elle aurait au contraire pour résultat d'empêcher l'intervention du juge dans des cas où elle était possible et semblait autrefois s'imposer. Beaucoup d'abus qu'on aurait pu réprimer pourront désormais se commettre impunément parce qu'ils ne paraîtront pas assez graves pour motiver la déchéance totale. On verra, selon la

[1] Comme l'a déjà fait remarquer M. Didier (*loco citato*, p. 87), la loi de 1889 elle-même nous fournit une preuve décisive de cette divisibilité de la puissance paternelle. Lorsque le père est non pas déchu, mais seulement *dessaisi* de son autorité, le tribunal peut lui réserver certains droits, et notamment celui de consentir au mariage de son enfant (art.17). De même lorsqu'un mineur est recueilli par une association ou un particulier sans l'intervention des parents, un jugement peut ne conférer à ceux qui se chargent de l'élever que l'exercice d'une partie des droits de puissance paternelle et réserver les autres, ainsi que l'autorité paternelle elle-même à l'Assistance publique (art. 20).

Digitized by Google

juste observation de M. Bourcart, des tribunaux, décider, comme l'a fait celui de Toulouse, qu'un père qui, pour des fautes légères, a frappé de jeunes enfants avec des cordes, des fouets à lanières des instruments contondants, les a enfermés plusieurs heures dans une chambre obscure, ou les a attachés sur une chaise avec des courroies, a commis des faits regrettables, mais que ces faits cependant ne dénotent pas un oubli de ses devoirs et une indignité suffisante pour entraîner sa déchéance.

Nous avons dit que sur cette question, la jurisprudence n'était pas encore fixée. Tandis que la Cour de Poitiers, les tribunaux de Saint-Quentin et de Poitiers admettaient l'interprétation restrictive, le tribunal de la Seine et la Cour d'Aix se prononçaient en sens contraire, et maintenaient le droit de contrôle du pouvoir judiciaire. Il faut espérer que cette dernière opinion, que la doctrine a été presque unanime à défendre, triomphera devant la Cour de cassation [1].

§ 3. *Comment la déchéance peut être effacée.* — Malgré l'intérêt qu'il pouvait y avoir à régler d'une façon definitive le sort de l'enfant, le législateur n'a pas voulu frapper les parents d'une déchéance irrémissible. Après quelques hésitations, il fut admis que la déchéance pourrait être effacée.

Pour savoir à quelles conditions l'autorité paternelle peut être restituée, il faut distinguer selon les causes pour lesquelles elle avait été perdue.

Si la déchéance a été la conséquence nécessaire ou facultative d'une condamnation pénale, ceux qui l'ont encourue ne peuvent se faire restituer leurs droits qu'après avoir obtenu leur réhabilitation. On sait que la réhabilitation est une mesure de clémence accordée après l'expiration de la peine et un certain temps d'épreuve au condamné qui a donné des preuves d'amendement : en principe, elle fait disparaître de plein droit les incapacités résultant de la condamnation, mais en ce qui concerne la déchéance

[1] V. les arrêts cités sous celui d'Aix 12 novembre 1890 et la note de M. le procureur-général Naquet, S. 91. 2. 25. Conf. la dissertation de M. Bourcart, S. 91. 2. 17. Didier, *Etude sur la loi de* 89, p. 71 et s. Testoud, *Revue critique*, 1891, p. 16 et s. : V. cependant en sens contraire la note de M. de Loynes dans Dalloz, 1891, 2e p., p. 73.

Digitized by Google

de la puissance paternelle, elle a seulement pour effet de permettre une demande en restitution que les tribunaux ne sont pas obligés d'accueillir (art. 15-1°).

Si nous supposons qu'au contraire, la déchéance a été prononcée en vertu des §§ 5 et 6 de l'art. 2, c'est-à-dire dans des cas où le père n'avait encouru aucune condamnation, la demande en restitution n'est subordonnée à aucune condition préalable : cependant, elle ne peut être formée que trois ans après le jour où le jugement qui a prononcé la déchéance est devenu irrévocable (art. 15, *in fine*).

Après avoir étudié les conditions, nous pouvons indiquer d'un mot la procédure. La loi, nous dit en effet (art. 16), que la demande en restitution introduite sur simple requête sera instruite conformément aux dispositions des §§ 2 et suivants de l'art. 4, c'est-à-dire selon les mêmes formes que la demande en déchéance [1]. Toutefois, l'avis du conseil de famille, au lieu d'être facultatif, sera obligatoire. En outre, la demande devra être notifiée au tuteur, qui pourra présenter dans l'intérêt de l'enfant ou en son nom personnel les observations et oppositions qu'il jugera convenables (art. 16-2°).

Evidemment la demande dont le tribunal est saisi peut être acceptée ou rejetée.

Si elle est acceptée, le père recouvre tous ses droits. Il doit seulement rembourser tous les frais qu'ont nécessités l'éducation et l'entretien de l'enfant, lesquels sont évalués par le jugement, à moins que ce dernier ne déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne sera alloué aucune indemnité [2] (art. 16-3°).

Si au contraire la demande est rejetée, en principe, elle ne pourra plus être réintroduite, si ce n'est par la mère après la dissolution du mariage (art. 16 *in fine*). Cette disposition rigoureuse

[1] L'assimilation établie entre les deux procédures s'étend à toutes les dispositions prescrites par les art. 5, 6 et 7, c'est-à-dire aux mesures provisoires, aux effets du jugement, à l'opposition et à l'appel : c'est ce qui résulte de l'art. 16-2°.

[2] Il y a là au point de vue juridique une innovation singulière. En général, l'indigence ou l'insolvabilité du débiteur influe sur l'exécution et non sur l'existence de la dette.

Digitized by Google

a été insérée dans la loi sur l'avis du Conseil d'Etat [1], qui a insisté sur les graves inconvénients qu'il pouvait y avoir à remettre trop souvent en question l'éducation et le sort de l'enfant.

DEUXIÈME PARTIE. — *Mesures prises pour organiser la tutelle en cas de déchéance de la puissance paternelle.*

La déchéance de l'autorité paternelle devait avoir pour conséquence nécessaire l'ouverture et l'organisation d'une tutelle [2]. Il fallait donc se demander tout d'abord à qui cette tutelle serait confiée.

Les rédacteurs de la loi sont partis de cette idée que la tutelle individuelle instituée par le droit commun était un mode de protection préférable à tout autre. Entre l'enfant confié à une personne qui l'élève, remplace sa famille et souvent s'attache à lui en raison des soins qu'elle lui fournit, et celui qui, recueilli par l'Assistance publique ne pourra recevoir qu'un secours matériel, mais ne peut espérer trouver près d'elle cette affection ou tout au moins cette sympathie qui sont un des besoins de la vie et une condition de l'éducation morale, entre les deux la situation n'est pas égale : tout permet de croire que le premier souffrira moins et qu'on a plus de chances de faire de lui un honnête homme.

On s'est donc efforcé de faciliter l'organisation d'une tutelle individuelle, et c'est seulement lorsqu'elle devenait impossible que l'on s'est résigné à lui substituer une tutelle administrative.

La tutelle individuelle que l'on cherche à organiser peut être une tutelle ordinaire ou une tutelle officieuse.

La tutelle ordinaire sera constituée et fonctionnera selon les règles du Code civil : elle présentera toutefois les particularités suivantes : 1° Le tuteur, au lieu d'être nommé par le conseil de famille, sera désigné par le tribunal qui aura prononcé la déchéance (art. 10). 2° La personne désignée ne sera pas obligée d'accepter la tutelle (art. 10-1°) : on a reculé devant cette nouvelle extension du principe de la tutelle obligatoire; on a pensé aussi

[1] *J. Off.*, annexes de 1888, p. 708.

[2] Cependant cette conséquence ne se produirait pas si le tribunal, ainsi qu'il y est autorisé par l'art. 9, attribuait à la mère l'autorité dont le père est privé.

Digitized by Google

qu'en pareil cas une tutelle imposée ne présenterait pas de garanties suffisantes pour l'enfant. 3° Pour obtenir plus facilement l'acceptation du tuteur, en rendant sa charge moins onéreuse, on l'a déclaré exempt de l'hypothèque légale : on permet seulement au tribunal d'ordonner, lorsque le mineur possède ou est appelé à recueillir des biens, qu'une hypothèque générale ou spéciale soit constituée jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (art. 10 *in fine*).

Parfois on peut espérer pour l'enfant mieux encore qu'une tutelle ordinaire, nous voulons parler d'une tutelle officieuse. Celle-ci est plus avantageuse, en effet, parce qu'à la différence de la première, elle implique de la part du tuteur un engagement. Pour en rendre la constitution plus facile, on a cru cependant nécessaire de modifier certaines règles du Code civil. On sait que le Code a fait de la tutelle officieuse un préliminaire de l'adoption. Non seulement le tuteur officieux doit s'engager à subvenir à l'entretien de l'enfant pendant sa minorité, mais si dans les trois mois qui suivent la majorité du pupille, il ne consent pas à l'adopter, et que celui-ci ne se trouve pas en demeure de gagner sa vie, le tuteur peut être condamné à une indemnité (art. 369). On a pensé qu'appliquées à la tutelle officieuse des enfants moralement abandonnés ces conditions seraient trop rigoureuses. Il peut arriver souvent qu'une personne charitable soit disposée à recueillir un enfant pauvre, à l'élever, sans avoir cependant l'intention de l'adopter. La loi doit encourager de tels actes de bienfaisance et s'abstenir de toutes les exigences qui pourraient avoir pour effet de les empêcher.

Aussi l'art. 13 décide que pendant l'instance en déchéance toute personne pourra s'adresser au tribunal par voie de requête afin d'être nommée tuteur officieux, à la seule condition de se soumettre aux obligations prévues par le § 2 de l'art. 364, C. C, c'est-à-dire à l'obligation de nourrir le pupille, l'élever et le mettre en état de gagner sa vie. Toutes les autres conditions de la tutelle officieuse (nécessité pour le tuteur d'avoir au moins cinquante ans, de n'avoir pas de descendants légitimes, d'avoir s'il est marié le consentement de son conjoint), sont écartées.

Pour la même raison, le pupille n'acquiert aucun droit actuel

Digitized by Google

ou éventuel sur les biens du tuteur officieux : il ne peut rien réclamer s'il n'est pas adopté après sa majorité ou s'il vient à mourir avant. Dans ce dernier cas, le tribunal est appelé à statuer sur le sort de l'enfant (art. 13-4°).

En dépit des dispositions nouvelles destinées à faciliter la tutelle officieuse et même la tutelle ordinaire, on ne doit pas cependant se faire grande illusion : il est à craindre que le plus souvent aucune personne ne consente à devenir le tuteur de l'enfant. En pareil cas, cet enfant sera placé sous la tutelle de l'Assistance publique (art. 11-1°). Celle-ci, nous dit l'art. 24, sera représentée en province par les inspecteurs départementaux des enfants assistés, et à Paris par le directeur de l'administration générale de l'Assistance publique : ce sont ces fonctionnaires qui exerceront les fonctions de tuteurs. A ce point de vue, on peut remarquer qu'il n'y a pas, pour le choix du tuteur, assimilation complète entre les enfants assistés et les enfants moralement abandonnés. A Paris, cette assimilation existe : les uns et les autres ont pour tuteur le directeur de l'Assistance publique[1]. En province, au contraire, la commission administrative des hospices constitue le conseil de famille des enfants assistés[2] que ces hospices ont recueillis, et la commission désigne un de ses membres pour exercer le cas échéant les fonctions de tuteur. On a pensé que les hospices n'auraient pas à intervenir directement dans le fonctionnement du nouveau service, et pour le centraliser plus fortement, on a désigné comme tuteurs les inspecteurs départementaux, fonctionnaires dépendant du ministère de l'intérieur.

Il nous reste maintenant à nous poser deux questions : Comment seront élevés les enfants confiés à l'Assistance pnblique ? Qui supportera les frais de leur éducation ?

Les enfants moralement abandonnés, confiés à l'Assistance publique seront soumis par elle au même mode d'éducation que les enfants assistés (art. 17). Le plus souvent l'Administration ne se charge pas elle-même du soin de les élever : elle les confie à des particuliers ou des associations qui les reçoivent moyennant

[1] Loi du 10 janvier 1849, art. 3.

[2] Loi du 15 pluviôse an XIII.

Digitized by Google

salaire, à moins que celles-ci ne soient des institutions de charité qui ne demandent aucune rétribution [1].

Le salaire varie suivant l'âge de l'enfant: pour les pupilles de la Seine, le prix de la pension s'élève à dix-huit francs pour les enfants d'un jour à un an, et s'abaisse à six francs pour les enfants de neuf à douze ans. Pour les enfants plus âgés à moins qu'ils ne soient infirmes, on ne paie plus aucune rétribution : leur entretien est compensé par leur travail [2]. Mais aussi longtemps que dure sa minorité, l'enfant reste sous la surveillance de l'Administration : c'est à elle qu'appartiennent les pouvoirs du tuteur. Les tiers auxquels elle a confié ses pupilles ne sont que ses mandataires. Elle peut les leur retirer si elle estime qu'ils ne s'acquittent pas convenablement de leurs obligations.

Il arrive parfois que les personnes qui se sont chargées de l'enfant s'attachent à lui et demandent à lui faire une place dans leur famille. L'art. 13 *in fine* leur permet, après l'avoir gardé pendant trois ans, de s'adresser au tribunal pour être investies,

[1] Cependant dans le département de la Seine, où l'on n'a pas attendu le vote de la loi de 1889 pour organiser le service des enfants moralement abandonnés, il existe un certain nombre de dépôts, hospices ou écoles professionnelles destinés à les recevoir. Mais les placements opérés dans ces conditions ont toujours un caractère exceptionnel : la plupart des enfants sont placés isolément en pension ou en apprentissage. Ainsi le rapport déjà cité du directeur de l'Assistance publique de Paris au préfet de la Seine (p. 45) nous apprend qu'au 31 décembre 1889, les mineurs recueillis par l'Administration étaient répartis de la manière suivante :

1° Enfants placés moyennant pension en attendant leur mise en apprentissage	1023
2° Enfants placés en apprentissage isolément	1476
3° Enfants placés en apprentissage par groupes	299
4° Enfants placés dans les écoles professionnelles de Villepreux, de Monterrain, d'Alençon et d'Yzeure	268
5° Enfants placés dans des établissements divers	56
6° Enfants traités dans les hôpitaux à Berck et à Saint-Broladre	52
7° Enfants placés en préservation	29
8° Enfants restant à l'hospice au 31 décembre	14
Total	3247

[2] Nous empruntons ces renseignements à M. d'Haussonville, *l'Enfance à Paris*, p. 45.

Digitized by Google

aux conditions que nous connaissons, d'une tutelle officieuse.

La question de savoir sur qui retombent les frais d'éducation des enfants moralement abandonnés est résolue par les art. 12 et 25 de la loi. En principe, cette charge incombe aux parents dont la déchéance a été prononcée : nous avons dit, en effet, que cette déchéance laisse subsister l'obligation réciproque pour les parents et les enfants de se fournir des aliments. Le tribunal, dit l'art. 12, en prononçant sur la tutelle, fixera le montant de la pension qui devra être payée par les père et mère et ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés : il pourra déclarer toutefois qu'à raison de l'indigence des parents, il ne sera exigé d'eux aucune pension. Cette dernière hypothèse sera très certainement la plus fréquente[1]. En pareil cas les frais seront nécessairement supportés par l'Assistance publique : ils seront repartis dans une mesure inégale entre l'Etat, les communes et les départements[2] (art. 25).

[1] Ainsi les frais nécessités par le service des enfants moralement abandonnés dans le département de la Seine se sont élevés pendant l'exercice 1889 à la somme de 768.458 fr. 15 sur lesquels 4268 fr. 82 seulement ont été remboursés par les familles.

[2] Dans cette répartition, on s'est efforcé d'amener les départements à faciliter l'application de la loi nouvelle en modifiant les règles admises par la loi du 5 mai 1869 sur le service des enfants assistés. En vertu de la loi de 1869 l'Etat paie une subvention égale au cinquième des dépenses intérieures comprenant principalement les frais occasionnés par le séjour à l'hospice et ne contribue en rien aux dépenses extérieures qui consistent avant tout dans les salaires donnés aux gardiens, et qui sont de beaucoup les plus élevées. Les communes acquittent un contingent réglé par le conseil général et qui ne peut excéder le cinquième des dépenses extérieures ; tout le reste est supporté par le département. Au contraire la loi de 1889 (art. 25) admet que dans les départements où le conseil général se sera engagé à assimiler pour la dépense les enfants moralement abandonnés aux enfants assistés, la subvention de l'Etat sera portée au cinquième des dépenses tant intérieures qu'extérieures des deux services, et le contingent des communes constituera pour elles une dépense obligatoire. Ainsi l'excédent de la subvention accordée par l'Etat compensera et pourra même dépasser la charge qu'entraînera l'annexion au service des enfants assistés de celui des enfants abandonnés. Dans ces conditions, il est infiniment probable que cette mesure sera votée par tous les conseils généraux : en fait, et à dater du 5 juin 1891, dans trois départements seulement : le Calvados, le Finistère et

Digitized by Google

TROISIÈME PARTIE. — *Des mineurs dont les parents ne sont pas déchus de leur autorité et qui sont placés cependant avec ou sans l'intervention de ceux-ci dans des établissements charitables.*

La loi de 1889 ne s'est pas bornée à priver de leur autorité les parents indignes : elle a voulu non seulement réprimer, mais prévenir les abus de la puissance paternelle en facilitant la tâche des particuliers ou des établissements charitables disposés à recueillir des enfants abandonnés ou délaissés par leurs parents. Jusqu'ici, ces établissements rencontraient dans l'accomplissement de leur œuvre un très grand obstacle. Lorsqu'ils consentaient à se charger de l'entretien et de l'éducation d'un enfant et que cet enfant était très jeune, on le leur confiait volontiers; souvent même les parents réclamaient leur assistance, parce qu'à ce moment l'enfant n'était pour eux qu'une charge; il coûtait et ne rapportait rien.

Mais lorsqu'il avait grandi, qu'il était assez fort pour travailler ou qu'on pouvait espérer faire de lui l'instrument d'une exploitation plus triste encore, alors les parents se présentaient et venaient revendiquer leurs droits. La puissance paternelle est inaliénable : aucun engagement, aucune renonciation ne pouvaient leur être opposés. Souvent pour essayer de se défendre contre ces réclamations, l'établissement, qui avait recueilli l'enfant, demandait au père le remboursement des frais que son éducation avait nécessités. Les tribunaux déclaraient qu'en effet cette indemnité était due et condamnaient le père à la payer. Mais l'enfant ne pouvait être traité comme un gage destiné à assurer l'acquittement de cette dette : il fallait céder d'abord aux réclamations des parents, sauf ensuite à poursuivre contre eux l'exécution d'une condamnation que leur insolvabilité rendait presque toujours inutile. Et alors, tous les efforts et les sacrifices qu'avait coûtés cette œuvre de charité, au moment où ils semblaient sur le point d'aboutir, étaient presque inévitablement perdus : l'enfant

le Jura, l'assimilation n'était pas encore opérée (Renseignement obligeamment donné par M. le directeur de l'Assistance publique. V. également son rapport sur le projet de loi. Ch. des députés, annexes 1888, p. 712).

Digitized by Google

rendu à ses parents était voué à la corruption ou à la misère.

Pour mettre un terme à ces abus, le projet général dont la loi de 1889 a été détachée n'avait pas hésité à accepter un moyen radical. Il admettait qu'un contrat passé entre les parents et les établissements ou particuliers charitables, et, soumis à l'approbation du juge de paix pouvait avoir pour effet de dessaisir le père et la mère de l'enfant de leurs droits de puissance paternelle. Mais au cours des travaux préparatoires le Conseil d'État s'est élevé contre cette idée. Le rapporteur a fait valoir que la validité d'un pareil engagement était contraire à la notion du pouvoir paternel, tel qu'il a toujours été consacré par notre droit. C'est un pouvoir que le législateur reconnaît, mais qu'il ne crée pas, et qu'aucune convention ne peut aliéner ou compremettre. On pouvait répondre qu'une pratique persistante, à défaut d'une loi formelle, autorisait de la part des parents des renonciations beaucoup plus graves. Depuis la suppression des tours il existe en France dans plusieurs villes, et notamment à Paris, des bureaux d'abandon. La mère se présente avec son enfant devant un employé de l'Assistance publique et demande que cet enfant soit admis parmi les assistés. On lui fait connaître que l'Assistance ne consent à s'en charger qu'à une seule condition, c'est qu'elle-même ne saura jamais où sera placé son enfant; elle ne pourra recevoir de ses nouvelles que quatre fois par an, et l'on se bornera à lui apprendre s'il est mort ou vivant [1]. Si la mère accepte, l'enfant est abandonné pour toujours.

Dans un pays où de pareils faits ne se comptent plus, on pouvait admettre, sans trop de scrupules, que, dans l'intérêt de l'enfant, les parents pouvaient dans certains cas se dessaisir de leur autorité au profit d'un établissement charitable. Cependant cette renonciation volontaire a paru excessive [2], et la loi telle qu'elle a été définitivement votée, n'a autorisé qu'une sorte de dessaisissement beaucoup plus compliqué et qu'on pourrait appeler le *dessaisissement judiciaire*. Un jugement du tribunal peut seul décider qu'il y a lieu de déléguer à l'Assistance publique les droits de puissance paternelle, et de remettre l'exercice de ces

[1] V. d'Haussonville, *l'Enfance à Paris*, p. 27.

[2] V. Ch. des députés, annexes 1888, p. 709. 2e colonne.

Digitized by Google

droits à l'établissement ou au particulier gardien de l'enfant.

Voyons rapidement. § 1 Comment cette décision peut être prise. § 2 Après quelles formalités et § 3 Quels sont ses effets.

§ 1er. *Dans quels cas.* — Le dessaisissement judiciaire est possible dans deux sortes de cas :

1° Lorsque des pères, mères, ou tuteurs autorisés par le conseil de famille ont confié des enfants âgés de moins de seize ans[1] à des administrations d'assistance publique (hospices, asiles, bureaux de bienfaisance) ou à des associations privées de bienfaisance régulièrement autorisées à cet effet, ou même à de simples particuliers jouissant de leurs droits civils. En pareil cas le dessaisissement est demandé à la requête des parents et de l'établissement qui a recueilli l'enfant agissant conjointement (art. 17).

2° Le second cas est celui où des enfants mineurs de seize ans ont été recueillis par un des établissements ou particuliers que nous venons d'indiquer, directement et sans intervention des parents (art. 19). Ils doivent alors, dans le délai de trois jours et sous peine d'amende faire au maire de la commune et à Paris au commissaire de police une déclaration constatant que l'enfant

[1] Il peut se faire qu'un enfant ait été recueilli avant d'avoir atteint l'âge de seize ans, mais que la demande en dessaisissement ne soit formée que lorsqu'il a dépassé cet âge. En pareil cas la demande sera-t-elle recevable ? A cette question le tribunal de la Seine a répondu négativement (jugement du 9 juillet 1890 reproduit dans le rapport précité du directeur de l'Administration générale de l'Assistance publique, annexes, p. XXVIII). On invoque, pour justifier cette solution, la disposition de l'art. 17, qui, dit-on, n'est applicable qu'au mineur de seize ans. Il nous semble que cette disposition n'a pas cette signification. Elle s'occupe des mineurs de seize ans *confiés* par leurs parents ; par conséquent, elle considère le moment où ces mineurs ont été recueillis. Au reste n'est-il pas contraire à l'esprit de la loi qu'une mesure protectrice comme celle du dessaisissement ne puisse profiter à aucun des enfants âgés aujourd'hui de plus de seize ans, mais classés longtemps avant cet âge dans le service des moralement abandonnés? L'Assistance publique croyait se comporter judicieusement en ne demandant pas toujours immédiatement l'abandon du droit des parents. Cet abandon est grave : la nécessité le justifie seulement dans certains cas, et peut apparaître assez tard. Si la jurisprudence inaugurée par le tribunal de la Seine était maintenue, ce retard, si raisonnable qu'il soit, deviendrait dangereux. En attendant trop longtemps, on s'exposerait à ne plus pouvoir agir.

Digitized by Google

a été reçu dans leur maison. Les maires, les commissaires de police doivent transmettre au préfet cette déclaration dans un délai de quinzaine, et dans un nouveau délai de même durée, elle doit être notifiée aux parents de l'enfant. Si dans les trois mois à dater de la déclaration les père et mère ou tuteur n'ont pas réclamé l'enfant, celui-ci peut être considéré comme délaissé et la loi autorise (art. 20) le particulier ou l'établissement charitable qui l'a recueilli à s'adresser au tribunal afin d'obtenir que l'exercice de tout ou partie des droits de puissance paternelle leur soit confié (art. 20).

§ 2. *Procédure.* — Elle est aussi simple que possible. Le tribunal est saisi par simple requête visée pour timbre et enregistrée gratis (art. 18). Il procède à l'examen de l'affaire, en Chambre du conseil, le ministère public entendu (art. 20). Si l'on se trouve dans le premier cas, et si les parents figurent dans l'instance, ils sont appelés à comparaître, ainsi que le délégué de l'Assistance publique et le représentant de l'établissement qui consent à se charger de l'enfant (art. 18).

Le jugement dans tous les cas est prononcé en audience publique (art. 18 et 20).

§ 3. *Effets du jugement.* — Ces effets peuvent être déterminés d'après les trois règles suivantes :

1° Le tribunal ne dessaisit pas nécessairement les parents de la totalité de leurs droits; il peut leur en réserver quelques-uns, déclarer par exemple qu'ils pourront seuls émanciper l'enfant, requérir sa mise en correction ou autoriser son mariage. Toutefois s'ils conservent ce dernier droit, on ne veut pas qu'ils puissent en user d'une manière abusive. Il résulte de l'art. 17 *in fine* qu'il restera subordonné au contrôle des tribunaux devant lesquels les parents pourraient être cités, et qui pourraient en cas de refus non justifié donner à leur place un consentement valable[1].

[1] Le projet déposé par le gouvernement contenait les deux dispositions suivantes : « Les droits ainsi délégués ne peuvent jamais s'étendre à d'autres droits qu'à ceux de garde, d'éducation, de correction, de gestion du pécule de l'enfant, de consentement à l'engagement militaire.

« Si les parents refusent de consentir au mariage en vertu de l'art. 148 du Code civil, l'Assistance publique peut les faire citer devant le tribunal

Digitized by Google

2° L'autorité dont les parents sont dessaisis est attribuée à l'Assistance publique, et c'est seulement l'exercice de cette autorité qui est confié à l'établissement ou au particulier qui a recueilli l'enfant (art. 20). C'est par là surtout que la loi diffère du projet primitif : on n'a pas voulu que les droits du père pussent être absolument transférés à une autre personne, et pour empêcher cette sorte d'aliénation, on a réservé le droit supérieur de l'Etat. Il y a là une distinction qui rappelle un peu celle que faisait notre ancien droit entre le domaine éminent et le domaine utile : il ne faut pas croire d'ailleurs qu'elle soit purement théorique, et que la prérogative réservée à l'Assistance publique n'ait aucun intérêt pratique. La loi elle-même, nous indique plusieurs conséquences. S'il y a, dans l'intérêt de l'enfant un procès à soutenir, pour demander par exemple, au tribunal, en cas de refus des parents, de consentir au mariage de l'enfant, c'est l'Assistance publique qui agira (art. 17). Il résulte également de l'article 23 que l'Etat représenté par le préfet exerce une surveillance constante sur les enfants confiés à des particuliers ou des associations. Un règlement d'administration publique détermi-

qui donne ou refuse le consentement. » Et l'exposé des motifs ajoutait

« Le premier de ces deux paragraphes énumère les droits que le tribunal peut déléguer à l'Assistance publique et dont il faut confier l'exercice à des particuliers. Ces droits ne forment pas un ensemble indivisible. Le père est libre de n'en abandonner qu'une partie, comme le tribunal est libre de n'en déléguer qu'une partie. »

Cette première rédaction a été modifiée. A la demande de la commission nommée par la Chambre des députés, le premier paragraphe a disparu, le second seul est resté (V. le rapport de M. Gerville-Reache. Chambre. annexes, session ordinaire 1889, p. 1).

Quelle pensée a inspiré cette modification : on peut aisément s'en rendre compte. On a voulu laisser au tribunal une plus grande liberté et lui permettre de dessaisir le père non pas seulement de certains pouvoirs limitativement énumérés, mais de l'ensemble de ces droits. Mais ce qui est une pure faculté pour le juge ne saurait être considéré comme une obligation. Il peut très bien, s'il le croit utile, laisser au père certains attributs. Et ce qui le prouve, c'est qu'on a maintenu la disposition finale qui permet de vaincre une résistance injuste des parents lorsqu'il s'agit du mariage de l'enfant : on suppose que le père refuse de donner son consentement ; il peut donc se faire qu'il n'ait pas été dessaisi de l'universalité de ses droits.

Digitized by Google

nera le mode de fonctionnement de cette surveillance, et toutes les contraventions audit règlement seront punies d'une amende de vingt-cinq à mille francs, et en cas de récidive pourront donner lieu à un emprisonnement de huit jours à un mois (art. 22). Enfin, l'Assistance et le préfet du département de la résidence de l'enfant pourront toujours demander, si l'intérêt de cet enfant leur paraît l'exiger, que le particulier ou l'établissement auquel il avait été confié soit dessaisi de ses droits.

Cette demande sera formée par le préfet au nom de l'Etat, ou par l'un des représentants légaux de l'Assistance, c'est-à-dire les inspecteurs départementaux pour la province, et à Paris le directeur de l'Administration générale de l'Assistance publique (art. 24). Elle sera portée devant le tribunal, instruite et jugée selon les formes prescrites pour le dessaisissement (art. 23). Si la demande est agréée, l'enfant sera confié à l'Assistance publique.

3° Les droits dont les parents ont été dessaisis peuvent leur être rendus. Mais cette restitution ne peut s'opérer que par une décision de justice (art. 21). La demande introduite par voie de requête visée pour timbre et enregistrée gratis doit être adressée au tribunal de la résidence de l'enfanl. Après avoir appelé celui auquel l'enfant a été confié et le représentant de l'Assistance publique ainsi que toute personne qu'il juge utile, le tribunal procède à l'examen de l'affaire en Chambre du conseil, le ministère public entendu, et rend son jugement en audience publique (art. 21-2° et 3°). Si ce jugement ordonne la remise de l'enfant, il fixe en même temps l'indemnité due à ceux qui l'ont élevé, ou déclare qu'à raison de l'indigence des parents il ne sera alloué aucune indemnité. Si la demande au contraire est rejetée, elle ne peut être renouvelée avanr l'expiration d'un délai de trois ans à partir du jour où la décision du rejet a cessé de pouvoir être attaquée[1].

En rejetant cette demande, le tribunal ne se borne pas néces-

[1] Nous savons que la loi se montre encore plus rigoureuse lorsqu'il s'agit d'effacer les conséquences d'une déchéance : si la demande formée par les parents et tendant à la restitutton de leurs droits est rejetée, en principe, elle ne peut plus être réintroduite (art. 16, *in fine*).

Digitized by Google

sairement à maintenir à l'établissement ou au particulier les droits qui lui avaient été conférés; il peut, sur la réquisition du ministère public et si l'indignité des parents lui paraît établie, prononcer la déchéance absolue de la puissance paternelle (article 21-4° et 5°).

On voit qu'en résumé les dispositions précédentes, répondant à une double préoccupation, ont eu pour objet de conférer aux établissements, qui se chargent avec ou sans intervention des parents, d'élever des enfants délaissés, les pouvoirs nécessaires pour s'acquitter de leur tâche, tout en évitant cependant les abus auxquels cet abandon exempt de surveillance aurait pu donner lieu.

Si maintenant nous nous demandons, d'une manière générale, que la été le résultat de la réforme accomplie en 1889, au risque de paraître porter un jugement prématuré ou inconsidéré, nous n'hésitons pas à dire que cette réforme n'a pas eu l'importance qu'elle devait avoir. Malgré l'absence de documents officiels, on peut affirmer que les applications de la loi ont été, somme toute, très peu nombreuses[1]. Il suffit d'ailleurs de regarder autour de soi pour constater qu'il y a toujours autant qu'autrefois, dans les grandes villes, une effrayante quantité d'enfants abandonnés aux hasards de la rue, publiquement exploités par les parents ou par des étrangers qui les emploient à demander l'aumône, ou les exposent pâles et souffreteux sur leurs bras pour exciter la pitié des passants. Et qui ne songe en présence de ces misères étalées au grand jour à tout ce qu'il y a de souffrances, de douleurs cachées, de petits martyrs inconnus livrés sans défense aux

[1] Ainsi, dans le département de la Seine où le service des enfants délaissés et moralement abandonnés fonctionne depuis plus longtemps et beaucoup mieux qu'ailleurs, le nombre des mineurs recueillis pendant l'année 1890 à la suite de décisions judiciaires prononçant la déchéance de la puissance paternelle ou dessaisissant les parents d'une partie de leurs droits n'excède pas soixante. Ce nombre lui-même comprend 16 cas de déchéance, 17 de dessaisissement avec intervention des parents, et 28 sans cette intervention. Tous ces chiffres nous ont été communiqués par M. le directeur de l'Assistance publique de Paris; nous lui exprimons ici nos remerciements.

Digitized by Google

cruautés que la lâcheté et la férocité des hommes peuvent inventer[1]?

Sans doute on ne peut se faire l'illusion de croire qu'une loi puisse suffire à guérir de pareilles plaies. Il sera permis de regretter cependant que celle qni a été votée chez nous soit à la fois trop compliquée et trop timide. Il faut toujours à la pratique un certain temps pour comprendre et pour accepter les lois nouvelles; mais il y a plus : lorsqu'elle n'est pas sollicitée par un intérêt considérable, et qu'elle est rebutée par des distinctions trop nombreuses, des dispositions trop longues dont elle ne voit pas le sens à première vue, des énumérations interminables comme celles de nos art. 1 et 2, elle se résigne aisément à tout ignorer. Beaucoup de textes restent ainsi inappliqués, parce qu'on ne les connaît pas suffisamment et qu'on les oublie. Nous croyons aussi qu'on a trop strictement limité le droit de demander la déchéance : le ministère public a déjà trop d'attributions en matière civile pour qu'elles puissent être utilement augmentées; son action ne peut être fréquente, parce qu'elle éveille des susceptibilités très grandes, et que les magistrats eux-mêmes redoutent de paraître exercer une sorte de surveillance sur la vie privée

[1] Bien des gens ne sont indifférents que par ignorance : aussi doit-on savoir gré aux sociétés qui s'attachent à découvrir et à publier tous ces faits révoltants. M. Julien Decrais dans son étude sur les classes pauvres en Angleterre nous donne le résumé d'une de ces enquêtes, entreprises par la Société nationale pour la répression des actes de cruauté envers l'enfance fondée à Londres en 1885 : « Tantôt il s'agissait de petites filles en haillons envoyées à onze heures du soir, par une tempête de neige, chez les marchands de charbon ou de bière. Ici, c'était un jeune aveugle, dont le père pour plaisanter, dirigeait sur un fer rougi les mains tâtonnantes. D'affreux parents étaient convaincus d'avoir infligé à un malheureux de dix ans le supplice d'une nuit passée dans une cave étroite peuplée de rats. Une mère ayant brisé d'un coup de balai le bras de sa fille, n'en obligeait pas moins celle-ci à laver le plancher, tout en continuant de la battre parce que l'ouvrage n'avançait pas. Et d'autres abominations encore, des infortunés pendus par les mains à un clou du plafond et battus de verges dans cette horrible position, des petits de quatre ans placés les cuisses nues, sur les plaques brûlantes du foyer, poussant des cris de douleur, et cherchant vainement à échapper à leurs bourreaux prodigieusement amusés. » *Revue des Deux-Mondes*, 15 juin 1891, p. 831.

Digitized by Google

des citoyens. L'Angleterre, où cette défiance ombrageuse et le respect de la liberté du foyer ne sont cependant pas moindres que chez nous, n'a pas craint de se montrer plus énergique.

Une loi, votée presque en même temps que la nôtre, celle du 26 août 1889, admet que toute personne peut s'adresser à la justice pour demander qu'un enfant soit soustrait à la garde de ceux qui ont abusé de leurs droits (art. 5). On ne se contente pas de cette mesure de protection : on édicte des peines sévères contre les parents ou les gardiens, qui ont commis de pareils abus [1].

[1] On peut en juger par les dispositioxs suivantes :

« Art. 1er. — Toute personne au-dessus de 16 ans qui, ayant la garde, la direction ou la charge (*having the custody, control or charge*) d'un enfant, de moins de 14 aus s'il s'agit d'un garçon, de moins de 16 ans s'il s'agit d'une fille, le maltraite avec préméditation, le délaisse, l'abandonne, est cause qu'il reçoit de mauvais traitements, qu'il est délaissé, abandonné, exposé, de manière à occasionner avec vraisemblance à cet enfant des souffrances sans utilité, et à porter atteinte à sa santé sera déclarée coupable de délit et si elle est convaincue de ces faits par jugement déviendra passible, à la discrétion de la Cour, d'une amende n'excédant pas 100 livres sterling, ou à défaut de cette amende ou cumulativement d'un emprisonnement avec ou sans travail pénible (*hard labour*) pour une durée n'excédant pas deux ans...

Art. 2. — S'il est prouvé que la personne reconnue coupable avait droit à une somme d'argent devant lui revenir dans le cas de mort de l'enfant, et s'il est constaté qu'elle connaissait ce fait, la Cour peut, à sa discrétion, élever le montant de l'amende jusqu'à 200 livres.

Art. 3. — Toute personne qui :

Force ou incite un enfant au-dessous de l'âge indiqué ci-dessus à se tenir debout dans la rue pour demander et recevoir l'aumône, ou pour solliciter des dons sous le prétexte de chanter, jouer, faire des tours, offrir quelque chose à acheter ;

Force ou incite un enfant au-dessous de l'âge indiqué ci-dessus à se tenir entre 10 heures du soir et 5 heures du matin dans une rue ou dans un local autorisé pour la vente des liqueurs enivrantes en dehors des locaux autorisés pour les spectacles publics, afin de chanter, jouer, faire des tours, moyennant rétribution, offrir quelque chose à acheter ;

Force ou incite un enfant au-dessous de dix ans à rester, quelle que soit l'heure, dans une rue, un local autorisé pour la vente des liqueurs enivrantes ou autre lieu où on est admis en payant, afin de chanter, jouer, faire des tours, moyennant rétribution, ou offrir quelque chose à acheter ;

Peut en vertu d'un jugement d'une Cour de juridiction sommaire, être

Digitized by Google

Au reste, nous ne devons ni nous tromper, ni nous décourager par cette comparaison ou par d'autres, qui seraient faciles : toute mesure législative, quelle qu'elle soit, ne peut avoir en cette matière qu'une influence très limitée.

Elle peut permettre de faire le bien, mais n'en peut faire beaucoup par elle-même. Le succès dépend ici du concours de tous. Pour que de pareilles réformes soient possibles, il importe que chacun se sente responsable du mal dont on se plaint et contribue par son argent, son initiative et sa bonne volonté à cette œuvre de protection de l'enfance, qu'on ne peut abandonner sans honte et sans danger. J. CHARMONT.

Du témoignage des parents ou alliés du prévenu en matière criminelle,

Par M. Chesney, procureur de la République à Avallon.

Proposition de loi de M. Wallon, sénateur, relative à ce témoignage.

I. — Etude sur la législation actuelle; — Dispositions générales.

§ 1. — Règles applicables devant les tribunaux de simple police et correctionnels.

§ 2. — Devant les Cours d'assises.

§ 3. — Dans l'instruction écrite.

II. — Examen de la proposition de loi de M. Wallon et des modifications qu'elle contient. — Restrictions qui pourraient être apportées à la prohibition de déposer concernant les parents du prévenu.

I.

ÉTUDE DE LA LÉGISLATION ACTUELLE.

Pourquoi le témoignage des parents ou alliés du prévenu est prohibé par la loi. — Dispositions générales communes à toutes les juridictions.

Depuis longtemps déjà le système d'instruction criminelle institué par le législateur de 1808 et qui est actuellement en vigueur en France, est l'objet de critiques très vives et plus ou moins

condamnée à une amende n'excédant pas 25 livres sterling ou à défaut de paiement, ou cumulativement à un emprisonnement avec ou sans travail pénible de trois mois au maximum. » (Traduction de M. Léon Lallemand. *Annuaire de législation étrangère*, 1890, p. 28 et s.).

Digitized by Google

justes. On s'est élevé plus particulièrement, dans ces dernières années, contre l'information secrète qui, a-t-on dit, ne sauvegarde pas suffisamment les droits de la défense, contre les pouvoirs des magistrats instructeurs, que d'aucuns trouvent trop étendus, et les Chambres ont été saisies d'un important projet de loi qui, s'il est adopté, aura pour résultat de modifier profondément notre procédure criminelle.

M. Wallon a pensé qu'à côté et en dehors de ces vastes projets de refonte de la législation criminelle, il y avait place pour des réformes plus modestes, moins complexes, soulevant moins de controverses, et qui, partant, — sans se lier au sort de ces projets de loi dont je parlais, — pouvaient plus facilement être introduites dans nos Codes.

La proposition de loi qu'il a déposée sur le bureau du Sénat, dans la séance du 20 mai 1891, se rapporte à une question qui ne manque pas d'intérêt et elle mérite, sans aucun doute, de fixer notre attention. Elle a pour objet de « modifier les art. 33, 75, 156, 269, 317 et 322 du Code d'instruction criminelle », et elle est ainsi conçue :

« Les ascendants ou les descendants d'un inculpé ne pourront être entendus que sur leur demande dans l'instruction ou dans le jugement de l'affaire [1]. »

Il s'agit, on le voit, des dépositions que les ascendants et les descendants du prévenu peuvent être appelés à faire contre lui, soit au cours d'une information, soit à l'audience des tribunaux compétents.

Le législateur de 1808 s'en était déjà préoccupé, et, en nous reportant aux articles du Code d'instruction criminelle auxquels nous renvoie la proposition précitée, nous constaterons qu'il avait établi une prohibition de même nature, non seulement pour les ascendants et les descendants, mais encore pour d'autres parents et alliés du prévenu.

Pour bien comprendre en quoi consistent les modifications proposées par M. Wallon et quelle est leur utilité, il est essentiel de jeter un coup d'œil sur les dispositions de lois qui règlent

[1] *Journ. Off.* du 22 mai 1891, Sénat., p. 289.

Digitized by Google

cette matière et de rechercher, — rapidement, — comment elles ont été interprétées et appliquées.

L'art. 156 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu :

« Les ascendants ou descendants de la personne prévenue, ses frères et sœurs ou alliés en pareil degré, la femme ou son mari, même après le divorce prononcé, ne seront ni appelés ni reçus en témoignage, sans néanmoins que l'audition des personnes ci-dessus désignées puisse opérer une nullité, lorsque, soit le ministère public, soit la partie civile, soit le prévenu ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues. »

Cet article est au chapitre Ier du Code relatif à la procédure devant les tribunaux de simple police. Mais il résulte de l'art. 189 qu'il est commun à ces tribunaux et aux tribunaux correctionnels.

En ce qui concerne la procédure devant les Cours d'assises, l'art. 322 du Code d'instruction criminelle porte :

« Ne pourront être reçues les dépositions : 1° du père, de la mère, de l'aïeul, de l'aïeule ou de tout autre ascendant de l'accusé ou de l'un des accusés présents et soumis au même débat; 2° du fils, fille, petit-fils, petite-fille ou de tout autre descendant; 3° des frères et sœurs; 4° des alliés aux mêmes degrés; 5° du mari ou de la femme, même après le divorce prononcé...., sans néanmoins que l'audition des personnes ci-dessus désignées puisse opérer une nullité, lorsque, soit le procureur général, soit la partie civile, soit les accusés ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues [1]. »

C'est donc une règle générale, formelle, applicable devant toutes les juridictions, et on saisit immédiatement les motifs qui ont amené le législateur à poser ce principe : en premier lieu, on ne pourrait avoir, le plus souvent, qu'une confiance limitée dans le témoignage des parents du prévenu, et, en second lieu, les obliger à déposer contre ce dernier, lorsqu'ils ont été témoins d'infractions à la loi pénale commise par lui, ne serait-ce pas les placer dans cette situation pénible, ou bien de dire la vérité, d'accuser ceux qui leur sont chers, d'attirer sur leur tête une condamnation peut-être grave, pour rester fidèles à leur serment,

[1] Comparez Code pr. civ., art. 268 et 283.

Digitized by Google

— ce qui pourrait paraître contre nature, — ou bien de faire des déclarations mensongères, de céler tout ou partie de la vérité, et de se montrer ainsi parjures et faux témoins ?

M. Wallon, en déposant sa proposition sur le bureau du Sénat, exposait ainsi, en peu de mots, ces considérations : « Le motif de cette proposition, c'est qu'il ne faut pas placer un témoin dans l'alternative de commettre un mensonge, sinon un parjure, ou de faire une déclaration de nature à perdre un ascendant ou un descendant. Mieux vaut laisser un crime impuni que d'imposer à un fils l'éternel regret d'avoir causé la mort ou le déshonneur de son père[1]. »

Et d'ailleurs on a pu dire avec raison des parents du prévenu que soit qu'ils s'efforcent de le défendre, soit que leurs dépositions lui soient défavorables, ils sont souvent plus passionnés, dans un sens ou dans l'autre, que les autres personnes : « Sunt « inter concordes excitamenta caritatis et inter iratos irritamenta « odiorum. »

Une prohibition semblable existait en droit romain : « Testis ido- « neus pater filio aut filius patri non est. » « Parentes et liberi « invicem adversus se, nec volentes, ad testimonium admittendi « sunt[2]. » — Il en était de même dans notre ancien droit[3].

Le Code de brumaire an IV n'établissait la prohibition qu'en matière de grand criminel (art. 358), et on décidait, sous l'empire de ce Code, que les parents du prévenu devaient être entendus devant les tribunaux correctionnels.

Notre Code d'instruction criminelle a étendu la prohibition de témoigner à toutes les juridictions.

Il est généralement admis qu'elle s'applique non seulement à la parenté légitime, mais aussi à la parenté naturelle et adoptive.

J'estime, — la question est controversée, — qu'elle ne cesserait pas d'être applicable aux parents du conjoint décédé sans enfants, dans le cas où ils seraient cités pour déposer contre le

[1] *Journ. Off.* du 22 mai 1891, Sénat, p. 289.

[2] L. 4, Dig. *De testibus*; — L. 9, Dig. *id.*; — L. 6, Cod. *De testibus*.

[3] Art. 153 de l'Ordonn. d'août 1539 et tit. XV de l'Ordonn. de 1670. — V. Jousse. *Just. crim.*, t. II, p. 104; — Muyart de Vouglans, *Lois crim.*, t. II, p. 282; — Denizart, v° *Témoins*, n° 9.

Digitized by Google

conjoint survivant, quoique, à d'autres points de vue, l'alliance soit, en pareille occurrence, considérée par la loi comme détruite.

Même solution à l'égard du mari et de la femme divorcés sans enfants issus de leur mariage[1].

Enfin la déposition des parents d'un accusé ne serait pas reçue envers ses coaccusés présents. L'art. 322 le dit formellement, pour les Cours d'assises, et, par parité de motifs, ce principe devrait être admis devant les tribunaux de police et correctionnels, en dépit du silence gardé sur ce point par l'art. 156.

La règle posée par le Code d'instruction criminelle, quant à la prohibition de témoigner, est-elle absolue et ne comporte-t-elle aucune exception ? Il n'en est rien.

§ 1er. — Remarquons, en premier lieu, pour les tribunaux de simple police et correctionnels, les termes de l'art. 156, *in fine :* « *Sans néanmoins que l'audition des personnes ci-dessus désignées puisse opérer une nullité, lorsque, soit le ministère public, soit la partie civile, soit le prévenu, ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues.*

Il en résulte que le tribunal peut entendre les parents du prévenu, au degré prohibé, comme témoins, s'il ne se produit aucune opposition, ni du prévenu, ni de la partie civile, ni du ministère public. La nullité n'étant pas prononcée, dans ces conditions, la règle posée n'a pas de sanction. Et il est à noter que, le plus souvent, le prévenu qui aurait surtout intérêt à s'opposer à l'audition de ces témoins, ne le fait pas.

Le tribunal peut, d'office, en l'absence de toute opposition, repousser le témoignage d'un parent ou allié du prévenu au degré prohibé.

C'est au moment où les témoins reprochables sont appelés à la barre pour faire leurs dépositions et avant qu'ils n'aient prêté serment, que le procureur de la République, la partie civile et le prévenu doivent déclarer qu'ils s'opposent à leur audition. Cependant l'opposition ne serait pas considérée comme tardive et non avenue si elle ne se produisait qu'après la prestation de

[1] Cass. 10 oct. 1839, Sir. 1839. 1. 955. — 19 sept. 1832, *Journ. Pal.*, t. XXIV, p. 1476; — Locré, t. XXIV, p. 272. — Dalloz, v° *Témoins*, nos 108 et suiv.; — Faustin Hélie, t. VIII, p. 695.

Digitized by Google

serment, le témoin, ou, plus exactement, la personne citée à ce titre devant le tribunal, n'ayant pas encore commencé sa déposition[1].

§ 2. — Pour la procédure devant les Cours d'assises, l'art. 322 reproduit, dans son dernier paragraphe, les termes de l'art. 156, *in fine*.

Nous retrouvons ici les questions que nous venons d'examiner à propos de l'art. 156. Elles recevront les mêmes solutions.

Au grand criminel, la prohibition visant les parents de l'accusé a été appliquée d'une façon moins rigoureuse encore que devant les tribunaux de simple police et correctionnels. C'est qu'en effet nous nous trouvons ici en présence du pouvoir discrétionnaire du président, et il est admis unanimement, en jurisprudence, que ce pouvoir lui permet non seulement d'entendre les parents de l'accusé comme s'ils étaient idoines (*idonei*), quand il n'y a pas d'opposition, mais encore de recevoir leurs déclarations, au moins à titre de simples renseignements, même au cas où une opposition régulière s'élèverait contre leurs dépositions[2].

Quels sont les arguments invoqués à l'appui de cette opinion?

Le premier est tiré de l'art. 269 du Code d'inst. crim. ainsi conçu :

« *Il* (le président) *pourra, dans le cours des débats, appeler, même par mandat d'amener, et entendre toutes personnes, ou se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraîtraient, d'après les nouveaux développements donnés à l'audience, soit par les accusés, soit par les témoins, pouvoir répandre un jour utile sur le fait contesté.*

Les témoins ainsi appelés ne prêteront point serment et leurs déclarations ne seront considérées que comme renseignements. »

J'ai tenu à reproduire le texte de cet article. Il est important.

[1] Cass. 15 sept. 1831, *Journ. Pal.*, t. XXIV, p. 244; — 16 avril 1840, Dal. 1840. 1. 412.

[2] Dal. *Jurisp. génér.*, v° *Témoins*, n°s 615, 637, 647. — Cass. crim. rej., 6 sept. 1851, D. P. 1853. 5. 443; — 19 juillet 1886, D. P. 1866. 1. 508; — 6 janvier 1876, D. P. 1877. 1. 234; — 4 février 1887, D. P. 1888. 1. 46. — De même pour les conseils de guerre. — Cons. de rév. d'Alger, 28 juillet 1887, D. P. 1889. 3. 31.

Digitized by Google

On en infère, — pour ce qui a trait à notre question, — que la loi a donné au président de la Cour d'assises des pouvoirs, sinon illimités, du moins très étendus, particulièrement en ce qui concerne l'audition de « toutes personnes » qui seraient à même d'éclairer la justice.

D'ailleurs, ajoute-t-on, les dispositions de l'art. 322 du Code d'inst. crim. ne sont pas violées, puisque les personnes ainsi entendues ne prêtent pas serment, ne fournissent que « des renseignements », en un mot, n'ont pas la qualité de témoins.

Ce raisonnement ne me paraît pas très concluant. En premier lieu, le pouvoir discrétionnaire du président des assises n'est pas sans limites et il ne peut avoir pour effet d'éluder les prohibitions édictées par nos Codes. Toute la question revient donc à savoir quelle est l'étendue de ces prohibitions.

En second lieu, l'art. 369 n'est pas aussi général, aussi large qu'on le prétend. Il dispose, à la vérité, que le président pourra « appeler et entendre toutes personnes ». Mais dans quels cas ? Suivant ses termes mêmes, le président n'a ce pouvoir que si, *dans le cours des débats*, les personnes ainsi appelées lui paraissent, *d'après les nouveaux développements donnés à l'audience soit par les accusés, soit par les témoins*, pouvoir répandre un jour utile sur le fait contesté.

C'est donc exceptionnellement et seulement lorsque les nouveaux développements donnés à l'audience par les accusés ou les témoins rendraient leurs dépositions utiles, que le président aurait la latitude d'entendre certaines personnes non citées régulièrement. S'il en est ainsi et si cette interprétation n'est pas erronée, cet article ne s'applique pas aux parents de l'accusé au degré prohibé, mais seulement aux témoins à l'égard desquels n'existe, en principe, aucune défense formelle de déposer, mais qui n'ont pas été cités à l'audience et que le président désire y appeler parce que l'utilité de leur audition s'est révélée au cours des débats, dans les conditions prévues par l'art. 269.

On pourrait m'objecter que l'art. 268, qui investit le président d'un pouvoir discrétionnaire, est plus large que l'art. 269. Mais je puiserais plutôt dans ce texte un argument en faveur du système contraire. Si, en effet, il devait s'appliquer aux témoi-

Digitized by Google

gnages et donner à ce sujet des pouvoirs sans limites au président, l'art. 269 n'aurait ni sens, ni utilité. L'art. 268 était suffisant; et si, dans un texte spécial, le législateur a cru devoir parler des personnes qui pourraient être appelées à fournir des renseignements, c'est qu'il a voulu fixer, en cette matière, le droit du président, les conditions auxquelles il était sonmis et les limites de ce droit.

C'est en vain qu'on dirait, — et je crois superflu de réfuter cet argument, — que la loi est respectée, parce que les parents de l'accusé sont entendus sans serment et que leurs déclarations diffèrent essentiellement des dépositions des témoins idoines. La différence existe; la loi la consacre notamment dans les articles précités et dans les art. 34 (3°) et 42 (8°) du Code pénal. Mais un honnête homme estimera toujours qu'il doit, s'il ne peut pas s'abstenir de déposer, dire la vérité, avec ou sans serment.

En réalité le système de la jurisprudence s'appuie surtout sur des raisons d'utilité pratique, qui ont bien leur importance, sur les nécessités de la répression.

Il faut reconnaître d'ailleurs que par les dispositions finales des art. 156 et 322 les rédacteurs du Code ont laissé, si je puis dire ainsi, la porte entr'ouverte aux exceptions et aux restrictions [1].

Incontestablement les présidents des tribunaux correctionnels et les juges de simple police n'ont, en aucune façon, le pouvoir d'entendre les parents du prévenu, ni de recevoir leurs déclarations sans serment, en cas d'opposition régulière. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens par de nombreux arrêts [2].

§ 3. — J'ai passé en revue les principes de notre droit concernant la prohibition, pour les tribunaux de simple police, les tribunaux correctionnels et les Cours d'assises, de recevoir les

[1] La jurisprudence de la Cour suprême a été combattue par plusieurs auteurs. V. notamment Carnot, sur l'art. 322, n° 10; — Serres, *Manuel des Cours d'assises*, t. I, p. 319. — Lefort, *Cours de droit crim.*, p. 449.

[2] Cass. 24 mai 1833; — 12 mai 1848; — 27 mars 1851; — 29 juillet 1853; — 27 avril 1855; — 30 mars 1861; — 22 juillet 1864; — 15 mai 1868.

Digitized by Google

dépositions de certains parents et alliés du prévenu. Je n'ai pas parlé, à ce sujet, de l'instruction écrite. On ne trouve en effet aucune disposition prescrivant au juge d'instruction d'écarter les dépositions des parents du prévenu.

Faut-il en conclure que le législateur n'a voulu établir aucune prohibition et qu'il a laissé au magistrat chargé de l'information une liberté complète sur ce point? — Doit-on, au contraire, admettre que les art. 156 et 322 s'appliquent également à l'instruction écrite?

Les deux systèmes se peuvent soutenir et ont été soutenus. Ils s'appuient sur des arguments sérieux de part et d'autre.

On peut dire d'un côté, — et cette solution me paraît devoir être adoptée, — que les prohibitions de témoigner sont de droit étroit et d'interprétation stricte, qu'on ne peut, par conséquent, les étendre à d'autres matières que celles pour lesquelles la loi les a expressément établies.

Le droit romain, il est vrai, se prononçait en sens contraire[1]. Mais, dans notre ancien droit, les dépositions des parents étaient reçues au cours de la procédure criminelle, sinon dans les enquêtes civiles. Il est à présumer que les rédacteurs du Code de 1808 ont suivi les mêmes errements.

En outre cette opinion a pour elle un texte du Code d'inst. crim., l'art. 33, qui dispose que : « Le procureur de la République pourra aussi;..... appeler à son procès-verbal *les parents*, etc. » Le juge d'instruction a nécessairement le même droit, puisque l'art. 59 du même Code dit que : « dans tous les cas réputés *flagrant délit, il peut faire directement et par lui-même* tous les actes attribués au procureur de la République, etc. »

Ces articles ne visent que le flagrant délit, Mais pour quels motifs ferait-on, sur ce point, une différence entre le flagrant délit et le délit non flagrant?

Notons enfin que l'art. 71 ainsi conçu : « *Le juge d'instruction fera citer devant lui les personnes qui auront été indiquées par la dénonciation, etc;.. comme ayant connaissance, soit du crime ou du délit, soit de ses circonstances,* » est général dans

[1] L. 6, Cod. *De testibus;* — L. 9, Dig. *De testibus.*

Digitized by Google

ses termes et ne fait aucune restriction au pouvoir de ce magistrat [1].

D'un autre côté, on peut soutenir que les raisons qui ont fait établir, pour certains parents du prévenu, une dispense et une prohibition de déposer à l'audience, existent, avec une valeur égale, pour l'instruction écrite, et les partisans de ce système invoquent en leur faveur, à juste titre, les considérations tirées de la morale, de l'affection des parents pour leurs parents, qui expliquent et justifient les dispositions des art. 156 et 322 du Code d'inst. cr.

Dans tous les cas, j'estime que les parents du prévenu ne devraient être entendus, à l'instruction, qu'à titre de simples renseignements, sans prestation de serment. C'est ce qui résulte de l'art. 33 du Code d'inst. crim. susvisé.

De plus, le juge d'instruction ne pourrait pas les contraindre à déposer, s'ils s'y refusaient.

Par analogie avec les art. 156 et 322, les dépositions de ces parents dans l'instruction, même reçues sous serment, ne seraient pas nulles.

II.

EXAMEN DE LA PROPOSITION DE LOI DE M. WALLON ET DES MODIFICATIONS QU'ELLE CONTIENT.

Restrictions qui pourraient être apportées à la prohibition de témoigner concernant les parents on alliés du prévenu.

Telles sont les règles qui, d'après le Code d'inst. crim., sont applicables aux témoignage de certains parents ou alliés du prévenu et de l'accusé dans l'instruction écrite et à l'audience.

J'ai indiqué, au commencement de ce travail, les motifs pour les quels la prohibition a été édictée. Ils sont très puissants; ils procèdent d'une morale élevée; on en reconnaît unanimement la justesse. Et cependant ce n'est pas non plus évidemment sans

[1] Cass. 13 janvier 1838; — V. aussi Dalloz, *Répert.*, v° *Témoins*, n°s 97 et suiv.; — v° *Serment*, n°s 161 et suiv.; — Faustin Hélie, t. V, p. 553 et suiv.; — Carnot, *Inst. crim*, t. I, p. 233, 348 et 358; t. II, p. 514; — Duverger, *Manuel des juges d'inst.*, t. II, p. 166 et suiv.

Digitized by Google

raison que la loi a placé des restrictions à côté de la règle très-sage qu'elle posait, que les magistrats, auxquels il répugne d'entendre les parents du prévenu, se croient cependant obligés, dans bien des circonstances, de les appeler devant eux, et que la jurisprudence a renfermé la règle dans des limites aussi étroites que le permettait l'interprétation des textes.

C'est qu'en effet la question est complexe et peut s'envisager sous des aspects différents. En cette matière, comme dans beaucoups d'autres, il n'est pas toujours facile de concilier les droits très-respectables de l'individu avec les droits et les devoirs de la société. Dans un certain nombre d'affaires, les proches parents du prévenu sont, plus que qui que ce soit, à même de fournir à la justice de précieux renseignements. Cela est si vrai que les rédacteurs du Code, traçant aux procureurs de la République et aux juges d'instruction les règles à suivre en cas de flagrant délit, ont désigné, en première ligne, *les parents* parmi les personnes qui pourraient donner d'utiles renseignements et ont prescrit à ces magistrats de recueillir leurs déclarations.

Dès lors, est-il sage, est-il nécessaire de les écarter d'une façon absolue? La règle ne comporte-t-elle pas quelques tempéraments?

Cette question me ramène à la proposition de loi de M. Wallon, dont il n'est peut-être pas inutile de rappeler les termes :

« *Les ascendants ou les descendants d'un inculpé ne pourront être entendus que sur leur demande dans l'instruction ou dans le jugement de l'affaire.* »

La réforme que l'honorable sénateur veut introduire dans notre législation est, — je tiens à le répéter, — inspirée par des considérations d'un ordre très élevé et on ne peut que rendre hommage à la pensée qui a guidé son auteur.

D'autre part, l'article unique que M. Wallon cherche à substituer aux art. 33, 75, 156, 269, 317 et 322 du Code d'inst. crim. est clair et concis.

Mais si le principe de la réforme proposée est au-dessus de toute contestation, je considère que l'application qui en est faite par la proposition de loi dont nous nous occupons est de nature à susciter des observations, des critiques assez importantes.

Digitized by Google

Et tout d'abord je ne m'explique pas pourquoi M. Wallon ne comprend, au nombre des parents dont le témoignage est prohibé, que les ascendants et les descendants de l'inculpé. J'entends bien qu'il a eu sans doute en vue les nécessités de la poursuite et qu'il a pensé que sa proposition de loi devait être d'autant plus étroite quant aux personnes auxquelles elle s'appliquait, qu'elle était plus absolue quant à la règle qu'elle établissait, et qu'en fait, elle repoussait complétement, — je le démontrerai tout à l'heure, — les dépositions des témoins qu'elle visait. Peut-être aussi peut-on dire, — et encore cette assertion est-elle sujette à caution, — que l'affection est plus vive entre le père et la mère, d'un côté, et les enfants de l'autre, qu'entre les frères et sœurs. Mais ce n'est pas toujours exact et il me semble qu'il serait cruel, inhumain, choquant, de contraindre un frère à accuser son frère. La prohibition de témoigner doit donc être aussi absolue pour les frères et sœurs que pour les ascendants et les descendants de l'inculpé. Tout au plus pourrait-on laisser en dehors de cette cause d'excuse et d'empêchement « les alliés en pareil degré », dont parle l'art. 156. Mais que dire du mari et de la femme? Les raisons péremptoires pour lesquelles on veut permettre aux ascendants et aux descendants de ne pas déposer en justice n'ont-elles pas la même force, ne sont-elles pas aussi puissantes, aussi décisives, lorsqu'il s'agit d'un mari appelé à accuser sa femme ou inversement?

Donc, en ce qui concerne les personnes visées par le texte que j'examine, la proposition de loi me paraît trop restreinte. Je voudrais qu'elle pût comprendre, en même temps que les ascendants et les descendants, les frères et sœurs, le mari ou la femme de l'inculpé.

Mais, par contre, la prohibition en elle-même est trop absolue. Elle aura sans aucun doute pour résultat de priver complétement la justice des renseignements que pourraient lui fournir les ascendants et les descendants. Si c'est là le but que désire atteindre M. Wallon, je crois qu'il va trop loin et que sa réforme est trop radicale.

Il est d'abord des cas où ce que je viens d'avancer me semble incontestable : c'est lorsqu'un descendant est la victime d'un cri-

Digitized by Google

me ou délit commis par son ascendant. Quelques exemples feront mieux comprendre ma pensée : un père, — ce qui arrive malheureusement trop fréquemment, — a commis des attentats à la pudeur sur sa fille. Ce crime est perpétré presque toujours, — cela va sans dire, — en dehors de la présence de tous témoins. Si ces faits arrivent par hasard et indirectement à la connaissance de la justice, le témoignage de l'enfant devra être reçu, et, je n'hésite pas à le dire, provoqué par le juge d'instruction et le président du tribunal ou de la Cour d'assises. Tout autre moyen de preuve, surtout dans des affaires aussi délicates, ne serait pas satisfaisant, et, prohiber le témoignage des descendants, en pareille occurrence, ou, si l'on veut, attendre qu'il se produise spontanément, ce serait laisser impunis les crimes de cette catégorie, ce que la loi ne doit pas permettre. Car il y a ici, pour la société, un devoir de protection envers les enfants, envers les faibles, qui lui incombe et auquel elle ne peut se soustraire sous aucun prétexte.

Autre exemple : le père et la mère frappent sans motifs, brutalisent, martyrisent leur enfant. Ce n'est pas là non plus, — les statistiques et les chroniques judiciaires en font foi, — une hypothèse invraisemblable. Dans ce cas également, cela me paraît de toute évidence, le juge d'instruction et le président du tribunal devront entendre l'enfant, même s'il ne le demande pas, l'interpeller et chercher à obtenir de lui la vérité.

Je sais bien que ces objections n'ont pas pu échapper à la perspicacité et à l'expérience de M. Wallon et qu'il a pris soin de dire que les ascendants et les descendants seraient entendus *sur leur demande*. Mais cette dernière restriction à la prohibition est-elle suffisante et efficace? Je reponds négativement. D'une façon générale, — l'expérience le prouve, — on peut dire que les témoins hésitent à se présenter spontanément à la justice, qu'il faut, pour ainsi parler, aller frapper à leur porte et les inviter à faire connaître ce qu'ils ont vu et entendu. J'en ai vu qui refusaient de se plaindre des délits commis à leur préjudice, par crainte d'une vengeance ou simplement par inertie, pour éviter un déplacement, une perte de temps, et dont la singulière attitude était un encouragement pour les malfaiteurs. A plus forte raison

Digitized by Google

en sera-t-il ainsi, — pour reprendre nos exemples, — des enfants qui auront été victimes d'attentats obscènes ou de violences graves de la part de leurs parents.

Terrorisés par ces derniers, se trouvant constamment sous l'empire de l'épouvante, de la stupeur, ils ne songeront pas, la plupart du temps, à se plaindre, ou bien ils n'oseront pas le faire. Ils ne demanderont pas à être entendus.

Ainsi, pour ces exemples que je viens de citer et pour d'autres analogues, le projet de réforme dont il s'agit n'est pas assez large. En généralisant, j'estime que les principes d'humanité seraient sauvegardés, que la morale et les sentiments très légitimes d'affection, dont on se préoccupe avec tant de raison, ne seraient pas froissés et que les intérêts, les droits de l'individu se concilieraient aussi bien que possible avec ceux de la société, si la loi, en permettant aux magistrats d'entendre les ascendants et descendants de l'inculpé, ses frères et sœurs, son mari ou sa femme, réservait expressément à ces personnes la faculté absolue, complète, sans limites, de déposer ou de refuser leur témoignage, et si, pour assurer la stricte exécution de cette disposition, elle obligeait le juge d'instruction, le président du tribunal ou de la Cour d'assises à avertir toujours les parents de l'inculpé qu'il leur est loisible de ne rien dire, qu'ils n'ont qu'à exprimer leur refus, sans avoir à le motiver. Le procès-berbal de la déposition ferait mention de cet avertissement et de la réponse du témoin.

Tenant compte de ces consieérations, et pour me résumer, je rédigerais à peu près dans ces termes, la proposition de loi :

« Les ascendants ou les descendants de l'inculpé, ses frères et sœurs, sa femme ou son mari, — tant que le mariage subsiste, — ne pourront être entendus dans l'instruction et dans le jugement de l'affaire que s'ils y consentent expressément. Lorsqu'ils seront appelés à déposer, le juge d'instruction et le président de la juridiction compétente leur feront savoir que la loi leur réserve la faculté absolue de ne pas déposer, — ce, à peine de nullité. »

C'est en effet surtout dans l'intérêt des parents du prévenu qu'on établit une prohibition de témoigner : c'est par égard pour leurs sentiments intimes et pour l'affection qu'ils éprouvent envers celui-ci. Dès lors, ne sont-ils pas les meilleurs juges du point de

Digitized by Google

savoir s'ils peuvent, ou non, donner leur témoignage à la justice, suivant les circonstances, et quel est leur devoir dans tel ou tel cas?

J'ajouterais volontiers, — pour répondre, dans la mesure la plus large, aux idées élevées et généreuses dont M. Wallon s'est fait l'interprète et le défenseur, — que « le parent de l'inculpé au degré prohibé, qui aurait manifesté une fois (par exemple devant le juge d'instruction) sa volonté de ne pas déposer ou de ne pas renouveler sa déposition, ne serait plus cité dans la même affaire. »

Cette disposition additionnelle aurait pour but de ne pas mettre la personne qui aurait exprimé son refus de parler dans la nécessité quelquefois pénible ou tout au moins désagréable de le renouveler à l'audience.

Remarquons, en terminant, que la proposition de loi de M. Wallon s'applique à l'instruction comme aux débats à l'audience et comble ainsi une lacune du Code d'instruction criminelle.

Dans la séance du 22 juin dernier, le Sénat a nommé une commission pour l'examen de la proposition de M. Wallon. Il sera intéressant de suivre les débats auxquels elle donnera lieu devant les Chambres. J'y reviendrai, le cas échéant.

FERNAND CHESNEY.

BIBLIOGRAPHIE.

Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes,

Par M. VIDAL, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

Compte rendu par M. C. LEVILLAIN, prof. à la Faculté de droit de Bordeaux.

M. Vidal, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, a publié, sous forme de volume, un mémoire *sur les principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes*, qui venait d'être couronné par l'Institut.

Digitized by Google

On ne peut qu'applaudir à son heureuse initiative. Le sujet a une actualité particulière; car jamais il ne s'est produit autant de controverses que de nos jours sur le fondement de la société, le rôle de l'État, l'étendue respective de ses attributions et des droits qui appartiennent à l'individu, sur le domaine comparatif de la loi pénale, de la religion, de la morale, les raisons justificatives du droit de punir, la responsabilité pénale, la nature et le but de la pénalité. Or tous ces problèmes se trouvent longuement et mûrement étudiés dans le livre dont nous recommandons la lecture. L'auteur a puisé aux sources les plus variées; des ouvrages et des articles de revue qui confinent au sujet, des discours prononcés au sein des divers congrès, aucun ne lui est étranger; tous les systèmes sont reproduits, pesés, passés au crible de la critique la plus sévère et la plus judicieuse; il en signale toutes les variantes, en fait ressortir les conséquences, les avantages et les inconvénients avec la pénétration, la dialectique, la flexibilité d'un observateur pour lequel ces questions n'ont plus de secrets. Le style, trop abondant peut-être, est toujours facile, limpide, élégant, affranchi de ce vocabulaire plus barbare que scientifique sous lequel certains auteurs modernes dissimulent imparfaitement le vague de leur pensée. Les citations, que l'on rencontre à chaque pas, ont du moins cet avantage de traduire fidèlement les idées des auteurs auxquels elles sont empruntées. Enfin le plan de l'ouvrage, contre lequel nous avons entendu formuler certaines critiques, est cependant, dans ses grandes lignes, conforme à l'enchaînement naturel des idées.

Envisageant d'abord la société, dans l'intérêt et pour la sauvegarde de laquelle la loi pénale est édictée, M. Vidal constate que la vie sociale est une nécessité pour l'homme et il examine, en les réfutant, deux doctrines qui, aujourd'hui, sont plus particulièrement à l'ordre du jour : celle du contrat social reprise et présentée sous une forme nouvelle par M. Fouillée, aux yeux duquel l'état contractuel de la société apparaît comme un idéal susceptible de se réaliser un jour; celle des philosophes naturalistes, qui considèrent la société comme un organisme vivant doué d'une individualité propre. Il montre la fragilité des conceptions

Digitized by Google

sur lesquelles reposent ces systèmes et signale les conséquences funestes qu'ils portent dans leurs flancs.

Son étude sur les attributions de l'Etat et du gouvernement, sur l'étendue des restrictions qu'il peut apporter légitimement à la liberté individuelle pour la sauvegarde de la sécurité publique, n'est pas moins digne de remarque ; la théorie du contrat social, contre laquelle il s'est élevé déjà, est impuissante à établir un équilibre stable entre l'individu et l'État représentant de la collectivité ; elle aboutit, par une pente plus ou moins naturelle, au socialisme d'Etat et au despotisme. C'est en considérant la puissance publique comme naturelle et nécessaire qu'on peut en déterminer la sphère d'action légitime sans opprimer la liberté des citoyens.

A l'aide d'une transition toute simple, l'auteur arrive ainsi à se demander quel est l'endroit précis où devra être tracée la ligne de démarcation et quel est le lien de dépendance entre la loi sociale d'une part, la loi religieuse et la loi morale d'autre part. Si, dans ses appréciations sur le domaine de la religion, il lui arrive parfois d'identifier, d'une façon trop exclusive, le sentiment religieux, pris au sens large et général du mot, avec la religion révélée et même avec le christianisme, en revanche il convient de rendre hommage au libéralisme dont il fait preuve. Respectueux de la liberté de conscience, il déclare que l'Etat doit rester neutre en présence de tous les cultes, de toutes les croyances, et il réfute, avec une logique impitoyable, la théorie du droit divin que s'efforcent de ranimer quelques esprits attardés. A ce point de vue, il ne reconnaît d'autre mission au pouvoir séculier que d'assurer à tous la libre pratique de leurs convictions, de réprimer les manifestations calomnieuses et injurieuses dont le culte et ses ministres pourraient devenir l'objet.

Mais la loi humaine peut-elle demeurer aussi étrangère à la loi morale qu'elle doit l'être aux préceptes religieux? M. Vidal ne le croit pas. Analysant successivement, et de la façon la plus consciencieuse, les systèmes adoptés par les diverses écoles philosophiques sur le fondement de la morale, il s'élève contre la morale utilitaire, contre la morale évolutionniste, contre la morale positiviste qui, laissant de côté les idées de vertu, de libre arbitre, de

Digitized by Google

justice, abandonnant l'homme à son penchant naturel vers la recherche du bonheur, arrivent, par des raissonnements différents, à cette conséquence que les sentiments humanitaires finiront fatalement par prévaloir et le bonheur général de tous par se trouver assuré. Comment, en effet, ne pas être frappé des dangers que font courir à la société ces théories destructives, en réalité, des fondements mêmes de la morale? Si elles venaient à prévaloir, ne verrait-on pas la charité et l'esprit de sacrifice taris dans leur source, l'âme humaine meurtrie et sans ressort contre les déceptions de la vie, désarmée contre les passions, en proie à un égoïsme grossier, l'homme obligé, pour assurer sa sécurité, d'entamer une lutte violente contre les instincts déchaînés? D'autre part, comprend-on qu'une philosophie, qui s'intitule positive, qui, par conséquent, a la prétention de se renfermer dans les données de l'expérience, soit aussi idéaliste dans ses visées, qu'elle assigne comme terme à l'humanité un état de perfection, de fraternité, que l'observation des faits, l'étude de la nature de l'homme sont loin de faire pressentir? Enfin, quand on commence par nier le libre arbitre, par refuser à l'individu le pouvoir de diriger son activité vers un idéal quelconque, n'est-ce pas se donner à soi-même un démenti que de considérer ensuite nos sentiments, notre conduite comme susceptibles, grâce à la puissance de certaines idées, de subir les transformations nécessaires à la préparation de cet âge d'or que l'on rêve? Après avoir ainsi procédé par voie d'élimination, le jeune et brillant criminaliste trouve enfin un refuge dans la morale spiritualiste sur laquelle reposent encore les législations contemporaines et dont il retrace éloquemment les préceptes.

Mais, si la loi sociale est basée sur la loi morale, elle ne saurait imposer indistinctement le sceau de son autorité à tous les devoirs que proclame cette dernière; son champ d'application est moins vaste et elle ne peut sanctionner que les obligations dictées par l'idée de justice; quelle est donc l'étendue exacte de son domaine? Sur ce terrain la lutte recommence entre les diverses écoles philosophiques, et les systèmes se multiplient; il en est, parmi eux, qui ont un caractère particulier de modernité; citons notamment : le système contractuel, rajeuni, on l'a vu, par

Digitized by Google

M. Fouillée, le système matérialiste, le système de l'évolution, le système physiologique et anthropologique, le système positiviste et expérimental. Avec ce dernier nous voyons émerger une idée nouvelle que nous retrouverons plus loin dans tout son développement; on rejette à l'arrière plan l'étude du délit comme entité abstraite, pour considérer spécialement la personne du délinquant; on étudie son organisation physiologique, ses penchants, ses mœurs; on recherche si ses habitudes sont ou non en conformité avec les sentiments altruistes issus de l'expérience et de l'hérédité, avec les règles dont le respect est nécessaire pour qu'il y ait adaptation de l'individu à la société, s'il commet ou non ces délits que l'on qualifie de naturels et dont on dresse laborieusement l'inventaire. Découvre-t-on chez lui, à la suite de ces constatations, l'étoffe d'un criminel instinctif, on lui déclare une guerre sans merci. M. Vidal pénètre dans le vif de toutes ces doctrines; il en suit les ramifications; il les prend corps à corps et s'efforce de les renverser en démontrant ce qu'elles ont d'erroné, ce qu'elles renferment d'arbitraire. Suivant lui, il n'y a de vrai que le système spiritualiste et classique qui, sans lui assigner le même domaine, place la loi pénale sous la dépendance de la loi morale et considère comme punissables les actions ou inactions réprouvées par la conscience quand, en outre, elles portent atteinte à l'ordre public. Il nous semble, cependant, que ce système a un défaut, il n'est pas suffisamment compréhensif; il devient impuissant lorsqu'il s'agit de justifier l'incrimination de faits moralement indifférents, tels que les contraventions et les délits non intentionnels; il n'explique pas d'une façon pleinement satisfaisante le principe de la non rétroactivité. Aussi, pour notre part, accorderions-nous la préférente au système libéral, d'après lequel le législateur a pour mission exclusive de sauvegarder la liberté, de protéger les droits de tous, en le tempérant toutefois par cette idée que le pouvoir social ne doit jamais, dans ses prescriptions, enfreindre la loi morale.

Sur le fondement même du droit de punir les mêmes doctrines se retrouvent aux prises et la lutte recommence de plus en plus opiniâtre; l'auteur les examine dans tous leurs détails. Trois d'entre elles paraissent avoir fixé plus particulièrement son

Digitized by Google

attention : celle de la justice absolue, d'ordre théologique plutôt que scientifique, qui investit le pouvoir social d'une sorte de pontificat, le considère comme l'instrument, ici-bas, de la colère divine et lui assigne pour fonction de faire expier aux délinquants le mal moral dont ils se sont rendus coupables. Elle constitue, est-il besoin de le dire, un anachronisme dans une société où il n'existe plus de religion d'État, et elle tend à légitimer tous les excès inspirés par le fanatisme religieux. Celle de la défense sociale, dominée aujourd'hui par des idées tirées des sciences naturelles et, spécialement, de la physiologie, identifie le corps social avec les organismes vivants et le considère, quand il punit un malfaiteur, comme réagissant, dans un but de conservation, contre les attaques dont il est l'objet, de même que tout organisme réagit instinctivement et naturellement contre les atteintes extérieures qu'il subit à un moment donné. Le savant professeur fait ressortir très habilement les côtés faibles de cette théorie, la confusion qu'elle fait entre le droit de défense et le droit de punir, les entraînements auxquels elle expose l'autorité, préoccupée d'assurer la sécurité publique, sans souci de proportionner la répression avec la gravité intrinsèque de la faute; à l'appui de ses critiques, il évoque les souvenirs des supplices en vigueur sous l'ancien régime et met en garde contre les rigueurs que préconise la nouvelle école positiviste des criminalistes italiens à l'endroit des criminels réputés incorrigibles. La doctrine de l'amendement moral, appuyée surtout par les publicistes adonnés à l'étude des questions pénitentiaires renferme une part de vérité; elle a fait faire à la science pénitentiaire un pas considérable dans la voie du progrès et a contribué à l'introduction d'utiles réformes dans la législation, mais le point de vue auquel elle se place est trop étroit, trop exclusif. L'ouvrage renferme un exposé lumineux, une analyse approfondie, une critique judicieuse des formules sous lesquelles elle s'abrite, des progrès d'ordre divers auxquels elle aspire, des améliorations déjà introduites, de celles dont l'introduction serait encore désirable; puis, et comme en regard, se trouvent nettement indiquées, rigoureusement déduites les preuves de son insuffisance quand il s'agit, soit de légitimer la pénalité et d'en déterminer le but prin-

Digitized by Google

cipal, soit de lui imprimer le degré de gravité nécessaire pour qu'elle demeure redoutable et, comme telle, efficace, soit, enfin, de prévenir tout arbitraire dans sa durée et dans son mode d'application. Fidèle aux idées qu'il a déjà exprimées, M. Vidal assigne comme fondement au droit de punir et prend pour régulateur de l'incrimination et de la peine : d'une part, l'utilité sociale variable suivant les époques et les latitudes, d'autre part, les préceptes immuables de la morale et de la justice. Tout en reconnaissant le talent avec lequel notre savant collègue a justifié cette conception et en a fait ressortir la supériorité quant à la solution des grands problèmes du droit criminel, nous inclinons, conformément aux sentiments déjà manifestés et pour les motifs déjà indiqués, vers une autre doctrine fondée sur les mêmes données, mais sur les mêmes données combinées d'une façon quelque peu différente, celle qui, attribuant au pouvoir social le droit de commander, lui confère le droit de prendre, quand le besoin s'en fait sentir, les mesures nécessaires pour assurer le respect de ses commandements. Elle n'implique pas, quoi qu'on dise, la sanction de toute prescription légale par un châtiment, car le châtiment n'est légitime qu'autant qu'il est indispensable afin de rassurer et de protéger la société dans l'intérêt de laquelle le commandement est édicté. D'autre part nous admettons que la loi pénale, pour n'être pas essentiellement basée sur l'idée de justice morale, n'en est pas toutefois absolument indépendante; nous estimons, en effet, que ses prescriptions ne doivent pas excéder les limites du juste, que l'on ne saurait incriminer des actes rentrant dans le libre exercice d'un droit respectable, enfin que la graduation adoptée dans l'échelle des peines ne peut jamais être de nature à soulever la réprobation de la conscience humaine.

Il ne suffit pas d'étudier le droit de punir en lui-même, il faut en outre l'envisager dans son application aux délinquants et indiquer les raisons justificatives de cette application; aussi la deuxième partie du volume est-elle consacrée à la responsabilité pénale. Deux écoles opposées sont ici en présence : l'école spiritualiste et l'école déterministe. Après avoir retracé les idées sur lesquelles repose la première, après avoir fait ressortir les rai-

Digitized by Google

sons qui militent en sa faveur et mis en relief son influence sur le contenu de la législation, l'auteur observe attentivement la seconde et discute longuement, en les envisageant sous leurs divers aspects, les arguments sur lesquels elle s'appuie; il traite de l'influence des motifs sur la volonté, de celle du caractère sur la conduite ; il s'efforce de prouver que, loin d'être seul conciliable avec la pénalité, comme on l'a prétendu, le déterminisme, malgré les explications plus ingénieuses que solides des Stuart-Mill, des Fouillée, des Maudsley, est incompatible avec la responsabilité pénale, véritable base du châtiment. Abordant un autre ordre d'idées, il fouille dans les statistiques et examine s'il résulte de leurs données que la marche de la criminalité est soumise à une loi fixe, inconciliable avec la liberté humaine. Il met en lumière les divergences d'interprétation qui se sont produites lorsqu'il s'est agi d'en dégager la signification ; puis, s'attachant particulièrement aux idées exprimées par M. Ferri, il reconnaît que le milieu physique, le milieu moral, indiqués par ce dernier comme facteurs de la criminalité, ont, sans doute, une part d'influence; mais rien ne démontre, suivant lui, que cette influence soit absolue et décisive. Quant aux moyens, aux *sostitutivi penali*, proposés à l'effet de combattre l'accroissement de la criminalité, il les considère comme décevants et inefficaces; quelques-uns même constitueraient, de la part de l'autorité, des actes d'abdication regrettables. Pénétrant ensuite dans les profondeurs des théories pénales de la nouvelle école et envisageant ces théories sous leur aspect le plus original, M. Vidal passe en revue les particularités physiologiques et les anomalies indiquées comme caractéristiques du type criminel, anomalies ataviques, tératologiques, pathologiques, psychologiques et morales.

On a peine à réprimer un sourire quand on assiste au long défilé de ces constatations étranges, souvent contradictoires, presque toujours sujettes à contestation, en tout cas explicables par d'autres motifs que ceux indiqués. Aussi MM. Topinard et Tarde n'ont-ils pas eu de peine à démontrer qu'il n'existe pas de type criminel anthropologique, c'est-à-dire congénital et héréditaire; il est même douteux qu'il existe un type collectif secondaire, issu fortuitement de l'action du milieu et des circonstances, car les

Digitized by Google

signes présentés comme distinctifs de la criminalité n'ont rien d'absolu ni d'exclusif, et les explications plus ou moins ingénieuses des Lombroso et des Ferri sont purement hypothétiques.

Le système de la dégénération atavique et regressive est, d'ailleurs, lui-même des plus fantaisistes. Le délinquant-né est, dit-on, un être physiologiquement et psychiquement dégénéré, reconnaissable à son organisation particulière, qui a recouvré les instincts, les sentiments de l'homme primitif et sauvage, a survécu à la lutte pour l'existence et qui, se perpétuant, se multipliant par l'hérédité, constitue un danger permanent et grandissant pour la société. Peut-on imaginer rien de plus arbitraire? Aussi ce système, bien des fois réfuté, a-t-il perdu du terrain, et les adeptes de la nouvelle école italienne tendent-ils à admettre aujourd'hui que la criminalité tient à un état maladif, à un état épileptoïde; mais cette manière de voir n'est pas plus sérieusement justifiée et est d'essence purement imaginative comme la précédente. D'ailleurs, nous trouvons avec l'auteur que l'on fait aujourd'hui un étrange abus de l'atavisme ; on en exagère la portée, alors même qu'on l'envisage dans son application à l'organisme physiologique, sans tenir compte des exceptions qu'il comporte; on en exagère surtout l'importance sur le développement moral et intellectuel, quand on prétend l'ériger en règle fixe, sans se préoccuper des attestations contraires fournies par l'expérience ni des influences multiples que subit l'individu. Et à quelle conclusion aboutit en fin de compte la théorie nouvelle? à la suppression de toute commisération, de tout sentiment de pitié pour des êtres qui, victimes inconscientes des lois implacables de la nature, ne sauraient cependant encourir aucun reproche, à une lutte impitoyable et brutale contre des délinquants irresponsables; à la suppression des longues et pénibles conquêtes de la civilisation. Il faut savoir particulièrement gré à l'auteur de s'être aussi longuement étendu sur ces doctrines de l'école positiviste italienne, doctrines nouvelles, qui ont eu un grand retentissement et menacent d'un bouleversement le système pénal actuellement en vigueur. M. Vidal nous initie d'ailleurs aux réformes législatives que préconise cette école; il nous montre le jury aboli et les magistrats juristes faisant place eux-mêmes à des

Digitized by Google

magistrats anthropologues et sociologues imbus des nécessités de la défense sociale contre les criminels incorrigibles, les garanties offertes par la loi à l'inculpé, pour la plupart, supprimées, l'instruction orale dépouillée, en grande partie, de son caractère contradictoire, l'accusé soumis à un examen anthropologique passé secrètement, sans contrôle ni discussion, par les physiologistes qui composent le tribunal, puis, s'il présente les symptômes du criminel-né, impitoyablement éliminé de la société, et en admettant qu'on recule devant l'application de la peine de mort dans certains cas, interné à perpétuité dans des asiles ou *manicômes* que l'on propose d'instituer à cet effet.

Dans sa conclusion l'auteur, après avoir résumé les critiques que soulève la théorie déterministe, reconnaît cependant qu'il y a un profit à tirer de ses enseignements et que nos lois pénales demandent des réformes. Il voudrait que l'on rétablit l'équilibre dans l'échelle des peines, afin que la peine des travaux forcés, c'est-à-dire la plus rigoureuse après la peine de mort, cessât d'être enviable pour les criminels, que l'on généralisât l'emprisonnement cellulaire, que l'on mît un terme à l'abus des courtes peines. Aux délinquants d'habitude, il propose d'imposer une incarcération sévère, un isolement sérieux et d'une durée prolongée, que l'on tempérera toutefois par l'espoir d'adoucissements successifs, mais essentiellement révocables, pour ceux d'entre eux qui manifesteraient un retour vers le bien, tandis qu'au contraire les récidivistes impénitents seraient soumis rigoureusement à un système de pénalité progressive. Aux délinquants d'occasion, on accordera des sursis d'exécution de la condamnation prononcée, et, quand la peine sera appliquée, on prendra soin de l'escorter de toutes les mesures protectrices susceptibles d'assurer l'amendement moral du condamné; libération conditionnelle, patronage, réhabilitation, etc [1].

En résumé les seuls défauts que présente l'œuvre de M. Vidal proviennent d'un excès de richesses : l'abondance et la longueur des développements, l'allure un peu lente du style. Mais que de patientes et savantes recherches! il est difficile d'être plus com-

[1] Ces réformes ont été partiellement opérées par les lois du 27 mai et du 14 août 1885, du 29 mars 1891.

Digitized by Google

plet, plus compréhensif, plus instructif, plus au courant des données actuelles de la science. Toutes ces doctrines, qui s'entrechoquent, qui sont même quelquefois plus ou moins enchevêtrées les unes dans les autres, se trouvent nettement dégagées; elles apparaissent sous leur véritable jour et donnent lieu à des aperçus qui ne manquent pas d'originalité. Il n'est donc pas étonnant que l'Institut ait jugé un pareil mémoire digne de ses plus hautes récompenses, et il n'est pas nécessaire d'être prophète pour pressentir que le public ratifiera le verdict de l'Académie en lui ménageant l'accueil dont il est digne.

C. LEVILLAIN.

Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers,

Par M. Albert Wahl, professeur agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

Compte-rendu par M. L. Balleydier, prof. à la Faculté de droit de Grenoble.

Les titres au porteur occupent une place de plus en plus grande dans la fortune publique : aussi les problèmes juridiques qui s'y rattachent ont-ils fréquemment appelé l'attention des jurisconsultes et provoqué plus d'une fois l'intervention des législateurs. Mais en France l'effort des uns et des autres s'était borné jusqu'ici à chercher la solution des questions dont la pratique avait révélé l'importance et l'urgence, en la rattachant avec plus ou moins d'habileté et de logique aux principes généraux de notre droit. Aucun écrivain n'avait tenté chez nous une synthèse qui, à une conception raisonnée et profondément étudiée de la nature du titre au porteur reliât toutes les conséquences qu'elle comporte en ce qui concerne sa création, sa transmission, son extinction. C'est cette vaste tâche que M. Wahl a entreprise, et le succès a pleinement couronné ses efforts. Son *Traité théorique et pratique des titres au porteur* renferme une étude complète du sujet et justifie entièrement son titre.

L'auteur n'a négligé aucune source d'informations : non seulement il a recherché l'origine du titre au porteur dans sa pra-

Digitized by Google

tique la plus lointaine, et scruté ses emplois les plus modernes et les plus humbles, mais il a su tirer des législations, des jurisprudences et des littératures étrangères (dont quelques-unes sont, sur ce point, beaucoup plus riches que la nôtre), une foule de renseignements précieux, habilement coordonnés et mis en œuvre. La masse énorme de documents de toute sorte utilisés dans ces deux volumes atteste chez l'auteur une patience peu commune et une érudition étendue. Mais ce n'est pas encore là, à nos yeux, son mérite le plus frappant : il réside, selon nous, dans la vigueur d'un esprit aussi habile à suivre sans dévier les déductions logiques d'une idée, qu'à saisir les côtés faibles des conceptions hasardées. M. Wahl professe une louable aversion pour les formules prétentieuses et vides : pour son compte, il les évite avec soin. Sa pensée est toujours ferme et précise. Peut-être gagnerait-elle parfois à se présenter sous une forme moins rapide et moins sèche; mais notre auteur va droit au but. Les idées se pressent sous sa plume; il n'a garde de s'attarder en chemin et dédaigne les artifices de style, certain qu'il est de conquérir tous les suffrages par la richesse et la solidité du fond, et la force de la pensée.

M. Wahl étudie d'abord l'histoire du titre au porteur, puis la nature de ce titre : ce sont là, si nous ne nous trompons, les deux parties les plus nouvelles. On lira surtout avec intérêt, dans la deuxième, l'exposé des théories, généralement peu connues chez nous, qui ont pris naissance en Allemagne, pour expliquer la formation d'une obligation entre l'émettant et le premier porteur : théorie de la personnification du titre, théorie de l'engagement unilatéral, soit par la création du titre, soit par la réduction du titre. M. Wahl a su discerner la faiblesse de ces nouveautés : il n'hésite pas à maintenir, conformément à la tradition et aux principes les plus certains de notre droit, que c'est un véritable contrat entre le premier porteur et le débiteur qui engendre l'obligation de ce dernier.

Les rapports du porteur avec le débiteur, les contrats passés par le porteur et ses rapports avec les tiers, la destruction, la perte et le vol du titre forment l'objet des 3e, 4e et 5e parties. Le livre se termine par un aperçu sur le rôle économique du

Digitized by Google

titre au porteur, et par sa comparaison avec les titres nominatifs.

Cette trop brève analyse ne peut donner qu'une idée incomplète de l'ouvrage de M. Wahl. Si l'on veut se rendre compte au premier coup d'œil de sa valeur, qu'on fasse une expérience bien simple : qu'on y cherche l'exposé d'un des problèmes qui ont le plus souvent été agités dans la jurisprudence et dans la doctrine, par exemple (nous prenons au hasard), celui de la déduction, lors du remboursement, des coupons payés après l'échéance, et l'on sera surpris de voir combien M. Wahl jette de lumières nouvelles sur des questions qui paraissaient épuisées.

L. BALLEYDIER.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24 rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE CIVILE.

ÉTAT ET CAPACITÉ DES PERSONNES.

(Décisions publiées en 1890).

Par M. Ch. Massigli, agrégé près la Faculté de droit de Paris.

I.

L'obligation alimentaire établie entre chacun des époux et les père et mère de son conjoint survit-elle au divorce, lorsqu'il existe des enfants du mariage? (Trib. de Nimes, 15 déc. 1887; Cour de Paris 18 juill. 1889; Sirey, 1890, 2, 1; Cour de cassation, Chambre civile, 13 juill. 1891, Sirey, 1891, 1, 311).

Suivant l'art. 206 du Code civil, l'obligation alimentaire établie entre les gendres et belles-filles et leurs beau-père et belle-mère ne s'éteint pas nécessairement par le décès de l'époux qui produisait l'affinité : elle survit à ce décès, lorsqu'il existe des enfants du mariage dissous. La disposition de la loi ne prévoit pas toutes les causes de dissolution de mariage; elle ne dit rien du divorce, quoiqu'il fût admis par le législateur de 1804, et le Titre spécial, qui règle les effets de ce mode de dissolution du mariage, garde pareillement le silence à l'endroit du maintien de l'obligation alimentaire entre l'époux divorcé et les père et mère de son ex-conjoint.

Un point paraît cependant ne pas souffrir le doute. Le divorce met fin à l'obligation alimentaire fondée sur l'alliance, au moins dans l'hypothèse où le décès la ferait disparaître, dans le cas par conséquent où il n'existe pas d'enfants du mariage. Une distinction serait ici inexplicable; on ne comprendrait pas que l'obligation fût plus durable en cas de divorce qu'en cas de décès.

Mais qu'en est-il lorsqu'il existe des enfants du mariage que le divorce est venu rompre?

Il est à remarquer que sous cette condition, l'existence d'en-

Digitized by Google

fants du mariage, un texte formel, l'art. 378, § 2, C. proc. civ., nous montre, à propos de la récusation, un des effets de l'alliance survivant au divorce tout comme il survivrait à la dissolution du mariage par le décès.

Le tribunal de Nîmes a vu dans cette disposition l'application d'une idée générale, et il l'a invoquée comme éclairant l'art. 206, C. civ. — Que le mariage, dit-il, soit dissous par le divorce ou par le décès, il n'est pas anéanti dans le passé : il a existé et il a engendré certains rapports d'affinité ; l'existence d'enfants les perpétue et doit les perpétuer dans les deux cas avec leurs conséquences, parce qu'elle continue de rapprocher ceux entre lesquels le mariage avait créé ces rapports. « Quels qu'aient été les événements survenus, a écrit M. Labbé, en prêtant l'appui de son autorité à la doctrine du tribunal, le père doit toujours traiter la mère de sa femme comme la grand-mère de ses enfants. » (Sir. *loc. cit.*).

Cette interprétation a rencontré l'adhésion du tribunal de la Seine et de la Cour d'appel de Paris (voy. dans le même sens, Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. II, n° 202); elle a été rejetée au contraire par la Chambre civile.

L'avis de la Cour suprême est qu'en l'absence de toute disposition consacrant l'obligation alimentaire entre alliés après le divorce, « il n'est pas permis au juge de la reconnaître sans ajouter arbitrairement à la loi. » — Nous croyons qu'il est possible d'appuyer ce motif de considérations qui ne sont pas dénuées de force ; mais il convient d'exposer d'abord, et avant ces considérations, une opinion intermédiaire qui s'est produite sur la question.

Lorsque le mariage, a-t-il été dit, est dissous par la mort d'un des conjoints, il n'y a point de raison pour que les sentiments et les relations de famille qu'il avait fait naître ne subsistent pas entre l'époux survivant et les parents de l'autre ; les souvenirs et les regrets communs, la sollicitude et l'affection plus vives des père et mère du conjoint décédé pour leurs petits-enfants les resserrent plutôt davantage. Le divorce, au contraire, ne peut guère ne pas réagir sur les sentiments respectifs de chacun des époux et des parents de l'autre et n'apporter aucun trouble dans les relations.

Digitized by Google

Il n'y a donc pas analogie entre les deux cas. — D'un autre côté, on peut concevoir que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé ne doive pas trouver dans son manquement aux devoirs du mariage une cause de libération de l'obligation alimentaire qui lui était imposée envers les parents de son conjoint; mais la raison serait-elle satisfaite, si l'obligation alimentaire subsistait également à la charge de l'époux qui n'a commis aucune faute et que les torts de son conjoint ont contraint de recourir au divorce? Le législateur ouvre lui-même la voie vers une distinction qui paraît conforme à l'équité et au bon sens. L'art. 300 du Code civil conserve à l'époux qui a obtenu le divorce les avantages à lui faits par l'autre époux; ces avantages sont perdus par l'époux coupable. L'art. 301 permet à la justice d'accorder une pension alimentaire, sous certaines conditions, à l'époux qui a obtenu le divorce; l'époux contre lequel le divorce est prononcé n'a jamais droit à une pension. Ne peut-on pas admettre de même que l'époux coupable reste tenu de l'obligation alimentaire envers les père et mère de son conjoint, et que celui qui n'a aucun reproche à s'adresser soit déchargé de cette obligation?

Il est exact, à notre avis, de dire qu'il n'y a pas analogie de situation et mêmes motifs de maintenir l'obligation alimentaire résultant de l'alliance, et dans le cas de dissolution du mariage par le décès d'un des époux et dans le cas de dissolution par le divorce. Mais il est arbitraire de demander aux art. 300 et 301 du Code civil une direction pour la solution de la question qui nous occupe. Les décisions de ces articles sont particulières aux rapports des époux entre eux : elles ont leur fondement dans l'idée qu'il y a eu une faute commise par l'un d'eux; mais quelle faute est à reprocher aux père et mère de l'époux contre lequel le divorce est prononcé?

Une distinction entre les deux époux doit donc être écartée, et les deux solutions absolues restent ainsi seules en présence.

Celle qui nous paraît préférable est celle de la chambre civile. Quoi qu'on puisse dire, le divorce dissout le mariage autrement que le décès d'un des époux ; il le rompt et il désorganise la famille qui s'était formée; il détruit radicalement la cause d'où

Digitized by Google

l'obligation alimentaire naissait entre les alliés et ne laisse subsister aucune raison de maintenir cette obligation qui, dans la pensée du législateur, se règle sur les sentiments naturels présumés.

Il est vrai que, même après le divorce et dans l'hypothèse, qui est la nôtre, où il existe des enfants du mariage, l'art. 378, C. pr. civ., conserve tout son effet à l'alliance en tant qu'elle constitue une cause de récusation d'un juge; mais il y a trop de dissemblance entre les matières pour que du maintien de cet effet de l'alliance on puisse conclure à la persistance de l'obligation alimentaire. Aussi bien pourrait-on dire que l'art. 378, C. pr. civ., prouve trop, et par conséquent ne prouve rien, puisqu'il nous présente des cas où la récusation est encore possible, quoiqu'il n'y ait pas d'enfants du mariage dissous.

Il faut ajouter que le maintien de l'obligation alimentaire après le divorce conduit à des conséquences auxquelles le législateur n'aurait pas manqué, ce semble, de pourvoir, s'il avait entendu consacrer le principe d'où elles peuvent dériver. Aux termes de l'art. 210, C. civ., le débiteur d'une pension alimentaire qui justifie de l'impossibilité de la payer en argent, peut être contraint de recevoir dans sa demeure et de nourrir et entretenir celui auquel il doit des aliments. « Voit-on, observait le pourvoi porté à la chambre civile, la position d'un gendre ayant obtenu le divorce qui serait forcé de recevoir, sous son toit, les père et mère de celle qui a été sa femme et qui en a peut-être été chassée par lui pour les raisons les plus graves? » — Une autre difficulté surgit si l'on suppose que l'un des époux divorcés se remarie. Dans la doctrine qui veut que l'obligation alimentaire dure encore après le divorce, cette obligation va se multiplier. Du chef de son fils ou de sa fille unique, un père ou une mère aura plusieurs gendres ou belles-filles qui lui devront éventuellement des aliments. Aura-t-il contre tous un droit égal? N'aura-t-il action que contre l'allié dont le mariage existera encore? Nous ne sommes pas sûr que la première solution ne fût pas jugée un peu singulière et qu'elle fît la part de tous les sentiments qui doivent être respectés; — la seconde, dans le silence de la loi, ne pourrait pas être donnée sans illogisme.

Digitized by Google

II.

L'époux qui a obtenu le divorce pour cause d'adultère de son conjoint a-t-il qualité pour former opposition à la célébration du mariage projeté entre celui-ci et son complice ? (Trib. de Dieppe, 26 juin 1890, S. 1890, 2, 200).

Dans la discussion de la loi du 27 juillet 1884, qui a rétabli le divorce, des réserves ont été faites sur la valeur législative de la prohibition de mariage entre l'époux coupable et son complice, édictée par l'art. 298, C. civ., pour le cas où le divorce serait prononcé pour cause d'adultère.

Certains membres du Parlement pensaient, et la Chambre des députés avait d'abord adopté cet avis, que mieux valait ne pas défendre ce mariage que perpétuer une situation irrégulière et immorale. La loi a définitivement consacré la prohibition par égard pour l'époux offensé, et aussi dans l'espoir qu'elle pourrait être une garantie contre certains entraînements.

On décide presque unanimement dans la doctrine, et la jurisprudence admet, que la sanction de la prohibition ne va pas jusqu'à la nullité du mariage qui aurait été contracté à son mépris (trib. de Lyon, 27 déc. 1888, S. 1890, 2, 199); il ne serait pas à désirer, d'ailleurs, que l'empêchement fût dirimant : la morale apparemment n'aurait rien à y gagner.

Mais il est naturel que les tribunaux s'efforcent de procurer du moins à cet empêchement, comme empêchement prohibitif, l'énergie la plus grande et d'en assurer le respect autant qu'il est possible. C'est assurément dans cet esprit qu'est conçue la décision du tribunal de Dieppe.

Le tribunal estime que l'époux qui a obtenu le divorce pour cause d'adultère de son conjoint, a qualité pour former opposition à la célébration du mariage par lequel celui-ci voudrait s'unir à son complice. « Il est le plus intéressé à invoquer la prohibition;... elle a été édictée à cause de lui et pour sauvegarder sa dignité;,.. elle n'a sa raison d'être qu'autant qu'on la considère comme lui conférant implicitement le droit d'en poursuivre l'exécution. »

Peut-être pourrait-on relever une certaine exagération dans la dernière des propositions que nous venons de reproduire : en

Digitized by Google

tout cas, le raisonnement vient se heurter contre une objection grave.

La loi a intentionnellement restreint le droit d'opposition à certaines personnes qu'elle détermine. Or elle ne nomme pas le conjoint divorcé. Il n'est pas mentionné dans l'énumération des articles 172 et suiv., C. civ., et le droit d'opposition ne lui est pas reconnu davantage par l'art. 298.

Les auteurs ont généralement considéré l'objection comme décisive. La solution qu'elle entraîne n'offre pas d'inconvénient sérieux, parce qu'il reste toujours au conjoint intéressé la faculté de faire connaître l'empêchement au ministère public qui le dénoncera à l'officier de l'état civil.

III.

Le point de départ du délai de trois ans après lequel un jugement de séparation de corps est susceptible d'être converti en jugement de divorce, peut-il être placé au jour même du jugement prononçant la séparation ? (Cass. Ch. civ. 28 nov. 1887, S. 1890, 1, 113).

On sait que les époux entre lesquels il est intervenu une séparation de corps sont autorisés, après un temps d'épreuve, dont la durée est fixée à trois ans, à demander à la justice la conversion du jugement de séparation en un jugement de divorce.

Le délai de trois ans court du jour où la séparation commence elle-même : sans difficulté dès lors on devrait placer son point de départ au jour où le jugement de séparation n'a plus été susceptible de recours à un second degré de juridiction, du jour où il est devenu définitif.

Un arrêt de la Cour d'Aix a été cassé pour avoir faitre monter à la date du jugement le point de départ du délai de la conversion ; mais la décision de la Chambre civile n'empêchera probablement pas que des hésitations ne se manifestent pour certains jugements.

La demande en conversion dont il s'agissait dans l'espèce, était en effet relative à un jugement de séparation rendu avant la loi du 27 juillet 1884, rétablissant le divorce. Or, le doute n'est pas possible pour les demandes de conversion de jugements antérieurs à cette date, pas plus que pour les demandes s'appli-

Digitized by Google

quant à des jugements antérieurs à la loi du 18 avril 1886 sur la procédure du divorce : une disposition transitoire contenue dans chacune des deux lois subordonne très nettement la conversion des jugements de séparation antérieurs à leur promulgation à la condition que ces jugements seront devenus définitifs depuis trois ans (Cf. art. 4, § 3, L. du 27 juillet 1884 ; art. 6, § 4, L. du 18 avril 1886).

Mais une différence a été relevée entre les termes de ces dispositions transitoires et ceux de l'art. 310, C. civ. applicable aux jugements de séparation prononcés depuis la promulgation de la loi de 1886. L'art. 310 porte, sans préciser autrement, que quand la séparation de corps « aura duré trois ans » le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande des époux. De cette différence de rédaction, on a conclu à une distinction quant au point de départ du délai de la conversion. Pour les séparations prononcées depuis la promulgation de la loi de 1886, régies par le seul art. 310, C. civ., la conversion serait possible lorsqu'il se serait écoulé trois ans depuis le jugement ; pour les séparations antérieures, les trois ans ne seraient comptés, conformément aux textes spéciaux, que du jour où le jugement serait devenu définitif.

La réserve que nous faisions plus haut sur la portée de l'arrêt de la Chambre civile se trouve ainsi justifiée. Cette portée est essentiellement restreinte. La Cour ne s'est pas prononcée sur l'hypothèse en vue de laquelle il s'est produit un doute.

Ce n'est pas à dire, au surplus, que la difficulté soulevée pour cette hypothèse nous paraisse bien sérieuse.

La distinction proposée entre les séparations antérieures à la loi de 1886 et les séparations prononcées depuis la promulgation de cette loi, a le défaut d'être absolument irrationnelle. Les situations sont les mêmes ; les motifs qui font imposer un délai aux époux sont identiques ; on ne voit pas pourquoi le calcul de ce délai se ferait de deux manières différentes. Ceci posé, la distinction ne pourrait être acceptée que tout autant que l'intention du législateur se dégagerait clairement des textes ou des travaux préparatoires. Il n'en est rien.

Jusqu'à la seconde délibération de la Chambre des députés, le

Digitized by Google

projet de loi sur le divorce ne contenait qu'une seule disposition sur la conversion des jugements de séparation de corps en jugements de divorce : c'était celle de l'art. 310. Elle devait régir également les séparations antérieures et celles qui seraient postérieures à la promulgation de la loi ; elle énonçait nettement que le jugement devrait être devenu définitif depuis trois ans. Lors de la seconde délibération, il fut proposé un amendement d'où est né, après des incidents qu'il n'est pas utile de relater, le troisième paragraphe de l'art. 4 de la loi de 1884, reproduit presque littéralement par l'art. 6, § 4 de la loi de 1886. En conformité de la rédaction jusqu'alors admise de l'art. 310, cet amendement contenait les mots « devenus définitifs », et ils ont été conservés dans les remaniements ultérieurs. Ils ont disparu au contraire du texte définitif de l'art. 310, où ils ont fait place à une autre formule. Peut-on attribuer ce changement à une volonté arrêtée de reporter au jour même du jugement le point de départ du délai de conversion pour les séparations régies par ce seul article? Non certainement, parce que les travaux préparatoires n'offrent pas trace que la question ait été seulement posée. Mais la rédaction de l'art. 310 a dû être modifiée lors de la seconde délibération du Sénat, pour substituer au système de la conversion obligatoire, adopté par la Chambre des députés, le principe de la conversion facultative pour le juge. Une formule nouvelle empruntée en partie au texte de 1804, est venue ainsi remplacer la rédaction antérieure ; elle ne se prêtait plus à l'emploi des expressions qui fixaient clairement, dans le texte primitif, le point de départ du délai de conversion : leur absence du texte définitif de l'art. 310 n'a pas d'autre cause.

IV.

Des valeurs mobilières faisant partie d'une masse indivise entre un mineur et une tierce personne peuvent-elles être aliénées régulièrement avant le partage de cette masse? (Cass. Chambre civile, 15 juillet 1890; Dalloz, 1890, 1, 361).

Un certain nombre d'actions d'une compagnie industrielle appartenaient par indivis, comme dépendant d'une communauté conjugale non encore liquidée, à deux mineurs et à leur père devenu

Digitized by Google

leur tuteur. Considérant ces valeurs comme aléatoires, le père, en sa qualité de tuteur, avait demandé au conseil de famille, selon les prescriptions de la loi du 27 février 1880 sur l'aliénation des meubles incorporels des mineurs, l'autorisation de les aliéner à charge de remployer le prix en valeurs de tout repos qui seraient immatriculées indivisément à son nom et au nom des mineurs, en attendant le règlement des intérêts respectifs. Cette autorisation lui ayant été accordée, l'aliénation devant porter sur un capital de plus de quinze cents francs, il avait présenté requête au tribunal de la Seine pour obtenir l'homologation de la délibération du conseil de famille; mais cette homologation avait été refusée. Le tribunal avait déclaré « qu'il n'appartient pas au conseil de famille d'autoriser l'aliénation de valeurs appartenant indivisément à des mineurs et à un majeur. ». Il y avait des précédents dans la jurisprudence du tribunal (trib. de la Seine 7 déc. 1883, S. 1884, 2, 23).

La Chambre civile a cassé le jugement.

On est immédiatement frappé des inconvénients pratiques qu'emporterait la doctrine du tribunal de la Seine si elle devait être appliquée sans aucune distinction. Pendant les délais d'un partage judiciaire, l'effondrement définitif d'une valeur en voie de dépréciation peut se consommer. Un partage judiciaire occasionne des frais considérables qu'on s'efforce souvent d'éviter en prolongeant l'indivision : l'impossibilité de vendre durant l'indivision les rendrait inévitables.

Quel motif y a t-il donc de décider en ce sens ?

Il n'y a pas à le chercher dans les dispositions de la loi du 27 février 1880. Celles des dispositions de cette loi qui concernent la vente et l'autorisation du conseil de famille nécessaire pour l'opérer, ne contiennent aucune réserve pour les valeurs appartenant indivisément à un mineur et à une tierce personne; elles ne défendent ni n'autorisent spécialement l'aliénation de ces valeurs; elles ne les distinguent pas des autres.

La solution du tribunal dérive exclusivement des règles relatives au partage; elle ne s'explique que par le dessein d'assurer le respect de ces règles. Mais s'il en est ainsi, c'est à tort qu'elle avait été appliquée à l'espèce.

Digitized by Google

Qu'on dénie au conseil de famille le droit d'autoriser une aliénation qui n'aurait, en réalité, d'autre but que de faire cesser l'indivision en tournant les règles du partage, cela se comprend (Trib. de la Seine 23 juin 1880, S. 1880, 2, 269); qu'on lui dénie encore le droit d'autoriser une vente pure et simple, nous n'y contredirons pas : les règles du partage sont en cause, parce qu'il est à craindre qu'une fois nantis d'un prix en argent, qui est essentiellement divisible, les intéressés se le partagent eux-mêmes et parviennent encore à éluder, pour tout ou partie des biens indivis, les formes jugées nécessaires pour la protection des intérêts des mineurs.

Mais rien de pareil n'est à craindre lorsque l'aliénation ne doit avoir lieu que sous des conditions semblables à celles que la délibération du conseil de famille déterminait dans notre espèce. Grâce à ces conditions, il n'y avait aucun risque que la vente tînt lieu d'un partage. Elle ne devait, comme le dit l'arrêt de la Chambre civile, que substituer à de certaines valeurs indivises d'autres valeurs également indivises; elle n'était plus qu'une sorte d'acte d'administration intérieure inspiré par la prudence, et qui réservait toute leur application aux formalités et aux garanties du partage pour le jour où l'indivision devrait réellement prendre fin; il était excessif de la part du tribunal d'y mettre obstacle.

V.

Le mineur qui n'a pour tous ascendants que son aïeul et son aïeule maternels, peut-il valablement faire son contrat de mariage avec la seule assistance de l'aïeul? (Cour d'appel d'Agen, 24 oct. 1888, D. 1890, 2, 103).

Nous conservons à la question l'aspect particulier sous lequel elle s'est présentée devant la Cour, mais il est à noter qu'elle peut se poser en termes plus larges et qu'elle se prête à une certaine généralisation.

En effet, si le consentement de l'aïeul est suffisant pour le mariage en cas de dissentiment de l'aïeule de la même ligne, et là est l'origine de la difficulté (art. 150, § 1, C. civ.), l'avis du père prévaut de même sur celui de la mère lorsqu'ils existent tous les deux (art. 148, C. civ.); et quand, les père et mère étant morts, il y a des

Digitized by Google

ascendants plus éloignés dans les deux lignes, le dissentement entre les deux lignes emporte consentement (art. 150 § 2 C. civ.).

Il peut donc se produire plusieurs hypothèses offrant, dans des conditions différentes de composition de la famille, ce trait commun que la loi fait prévaloir l'avis d'un certain ascendant sur l'avis d'un autre pour le mariage d'un enfant mineur, et ce sera le même problème juridique qui se posera dans toutes ces hypothèses si l'on suppose que le contrat de mariage de cet enfant soit fait avec la seule assistance de l'ascendant dont la volonté est prépondérante.

Ce problème, à notre connaissance, n'avait pas encore été examiné par les tribunaux et il n'a pas non plus appelé l'attention des auteurs.

La Cour en a tout naturellement cherché la solution dans la combinaison des art. 150 et 1398 du Code civil. L'art. 1398 veut que le mineur soit assisté, pour son contrat de mariage, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Or, s'il est dans le vœu de la loi que la mère ou, le cas échéant, tout autre ascendant désigné pour l'exercice de l'autorité domestique soit consulté, même quand le refus de son consentement ne pourrait pas empêcher le mariage parce qu'un autre ascendant l'approuve, cette formalité n'est pas requise pour la validité du mariage. La mère (il en faudrait dire autant de l'aïeule), doit être consultée, parce que le devoir de soumission et de respect filial l'exige ainsi, parce qu'elle pourra présenter à son mari ou à son enfant des observations, des conseils qui les feront peut-être renoncer au projet de mariage qu'elle désapprouve; l'officier de l'état civil, de son côté, ne doit pas célébrer le mariage sans qu'on lui rapporte la preuve que l'avis de la mère a été demandé; mais il est certain que s'il a passé outre, le mariage ne peut pas être déclaré nul pour cette cause. La validité du contrat de mariage passé par le mineur avec la seule assistance de l'ascendant dont l'avis l'emporterait pour le mariage en cas de dissentiment, se dégage ainsi comme conclusion d'un syllogisme qui paraît irréprochable.

Notre collègue M. Planiol a pourtant fait quelques réserves sur la force de l'argument. « L'art. 1398, a-t-il écrit, (D. 1890,

Digitized by Google

2, 105), n'a pas eu pour but de déterminer, d'une manière précise, les personnes qui doivent assister le mineur dans son contrat de mariage, mais seulement de dire que ce contrat serait nul si le mineur le faisait sans l'assistance de personne. La loi a voulu écarter par là une application abusive de la maxime : *Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*, qui aurait consisté à dire que l'enfant une fois muni de l'autorisation dont il a besoin pour se marier, serait libre de faire son contrat de mariage à sa guise. Il est permis d'affirmer que les rédacteurs de la loi n'ont pas même entrevu la question actuelle, qu'on abuse du texte quand on veut faire sortir d'un mot, employé par eux sans intention particulière, une conséquence qu'ils n'ont pas soupçonnée. »

Notre distingué collègue restreint peut-être un peu trop la portée de l'art. 1398. S'il est vrai que ce texte n'ait pas entendu déterminer, d'une manière précise, les personnes qui devraient assister le mineur, un point cependant ressort de sa disposition avec une complète évidence.

Les parents auxquels appartiennent le pouvoir et le soin de protéger le mineur dans le contrat qui doit engager sa personne ont aussi mission et pouvoir de veiller sur ses intérêts dans le contrat accessoire qui doit régir sa fortune. C'est la même exigence pour les deux actes; ce n'en est pas une plus grande pour le contrat de mariage que pour le mariage. Il n'en faut pas plus pour nous autoriser à dire que l'assistance des ascendants dont le consentement n'est pas requis à peine de nullité pour le mariage n'est pas exigée non plus à peine de nullité pour le contrat accessoire. Il importe peu que le législateur n'ait pas aperçu toutes les questions qui pourraient s'agiter autour de la disposition qu'il édictait ! Le sens général de cette disposition est clair et certain : c'est lui qui doit nous servir de guide.

Une considération milite encore dans le sens de la validité du contrat de mariage.

Lorsque tous les ascendants dont le consentement doit être demandé pour le mariage sont régulièrement appelés au contrat de mariage, s'il survient un dissentiment entre eux, on applique les règles tracées pour le cas de dissentiment sur le mariage lui-même (Guillouard, *Contrat de mariage*, t. I, n° 308) ; si bien

Digitized by Google

que le contrat de mariage peut être passé avec la seule signature de l'ascendant ou des ascendants dont l'avis serait préféré pour le mariage, malgré l'opposition et le refus de signature des autres ascendants. Il faut de toute nécessité le décider ainsi si l'on ne veut pas fournir à un ascendant hostile au projet de mariage, mais dont la résistance serait paralysée par les règles tracées aux art. 148 et 150, C. civ., un moyen indirect de faire manquer le mariage en repoussant des clauses dont on a fait de part ou d'autre une condition *sine qua non*.

Ce point établi, reprenons notre hypothèse où le mineur est encore assisté de l'ascendant dont le consentement serait suffisant pour le mariage, mais où les autres ascendants, malgré leur qualité, n'ont pas été appelés au contrat de mariage. Comprendrait-on que ce contrat ne fût pas considéré comme valable ? Non. L'enfant n'a pas été abandonné à lui-même et laissé sans protection. Présents au contrat de mariage, les ascendants qui n'ont pas été consultés n'auraient pas pu faire triompher leurs vues contre celles de l'ascendant qui a donné son assistance. — Ils auraient peut-être fait entendre des conseils utiles, et en tout cas, on a manqué d'égards envers eux ; mais l'annulation d'un contrat de mariage est chose grave : elle veut être justifiée par des raisons plus puissantes. CH. MASSIGLI.

LA TAXE OBLIGATOIRE EN MATIÈRE CIVILE

Par M. R. BONA CHRISTAVE, président du Tribunal civil de Bourges.

I.

La diminution des frais de justice depuis longtemps promise, est impatiemment attendue. Mais il est plus facile d'insérer dans une profession de foi l'annonce de cette réforme que de porter efficacement remède aux abus signalés. Les nécessités financières ne permettent, en effet, de toucher qu'avec une grande prudence aux droits de timbre et d'enregistrement, et le tarif des officiers ministériels, lorsqu'il est rigoureusement appliqué, n'est certainement pas excessif.

La loi du 23 octobre 1884 sur la vente des immeubles de mi-

Digitized by Google

nime valeur a produit peu de résultats, ainsi que M. le garde des sceaux l'a constaté lui-même dans sa circulaire du 10 mars 1890; elle n'est, d'ailleurs, applicable qu'à un nombre restreint d'affaires. La loi sur l'extension de la compétence des juges de paix, que la Chambre élabore actuellement, aura, d'après ses partisans, des conséquences plus importantes. Nous croyons que cette loi trompera bien des espérances; si le taux de 1.500 fr. adopté en première lecture est définitivement accepté, les petits procès coûteront plus cher qu'aujourd'hui.

La véritable réforme consisterait à proportionner aussi exactement que possible le chiffre des frais à l'importance du litige. Tel est le but poursuivi par M. Brisson dans un ingénieux projet renvoyé à la commission du budget. Les droits de timbre, de greffe et d'enregistrement sont remplacés par une taxe unique perçue sur le jugement. Le principe de ce projet est excellent et le procédé employé d'une simplicité séduisante; mais la fixation du tarif est une œuvre délicate qui doit être conduite avec prudence, après une enquête sérieuse, afin de ne pas éprouver de mécompte dans le produit d'un impôt considérable [1].

A côté de ce projet les changements qui nous semblent devoir être apportés aux textes régissant la liquidation des dépens, paraîtront bien insignifiants. Il s'agit simplement de rendre en matière civile la taxe des frais obligatoire. Cette modeste proposition ne mérite pas le titre de réforme; elle serait cependant accueillie favorablement par les justiciables.

Personne n'ignore qu'on hésite en général à demander la taxe dans la crainte de froisser l'officier ministériel auquel on a eu recours. Que de fois un plaideur se présente avec une note de frais qui ne contient d'ordinaire qu'un simple total! Il voudrait avoir la certitude que la réclamation n'est pas exagérée; mais, lorsqu'il apprend que le dossier doit être demandé à l'avoué, il va payer sans insister davantage. Il serait assurément

[1] Dans l'exposé des motifs les droits de timbre et d'enregistrement supprimés sont évalués à 40 millions, et le produit des nouveaux droits est évalué à 42 millions. *Journ. Off.* du 4 avril 1891, *Annexe* 1154.

Digitized by Google

satisfait qu'en dehors de toute intervention de sa part, la vérification de l'état de frais fût faite par le juge.

Nous sommes, d'ailleurs, convaincu que l'application de cette règle amènerait une diminution des frais de procédure, variable suivant les habitudes locales, mais assez sensible. Il y a, en effet, place pour l'arbitraire dans l'application du tarif; on n'est pas toujours bon juge en sa propre cause; un tiers absolument indépendant appréciera mieux que l'intéressé l'importance de la rémunération due. Il est, en outre, incontestable que les états de frais seront dressés avec plus d'attention lorsqu'ils passeront nécessairement sous les yeux du magistrat.

La taxe obligatoire mettrait, d'autre part, un terme à l'abus des honoraires extraordinaires. Actuellement le plaideur ne peut distinguer cette rétribution facultative des honoraires alloués par le tarif. Lorsqu'il saura que ces derniers sont seuls dus et qu'il en connaîtra le chiffre exact, il ne donnera à l'officier ministériel une rémunération supplémentaire que si ce dernier a fait dans l'intérêt du client des actes en dehors de son ministère.

Enfin notre projet qui ne compromet pas l'équilibre du budget et qui ne porte aucune atteinte aux droits des officiers ministériels, offre l'avantage de pouvoir être réalisé par un simple décret. Le Code de Pr. civ. ne contient que deux articles relatifs à la liquidation des dépens. L'art. 543 prescrit de les liquider dans le jugement en matière sommaire; nous proposons d'étendre à toutes les affaires l'application de cette règle. L'art. 544 renvoie à des règlements d'administration publique pour déterminer la manière de procéder à la liquidation des frais dans les autres matières. C'est en vertu de ce texte qu'ont été promulgués les décrets du 16 février 1807 et de nombreuses ordonnances. Le pouvoir exécutif a sous tous les régimes tranché souverainement les questions de taxe. L'art. 544 ordonne, il est vrai, de présenter en forme de loi au Corps législatif, après trois ans au plus, les règlements relatifs à la liquidation des frais, avec les changements dont ils auront paru susceptibles; mais on estime que cette obligation est tempérée par l'art. 1042 du même Code qui ne prescrit de transformer en loi que les dispositions de ces règlements contenant des mesures législatives. Avant d'exposer

Digitized by Google

notre projet, nous croyons devoir rappeler brièvement quelle est la situation actuelle.

II.

Le Code de procédure civile a maintenu la distinction établie par les anciennes ordonnances entre les matières ordinaires et sommaires [1]. Un tarif spécial est applicable à chaque genre de cause. Tandis que les affaires sommaires ne rapportent aux avoués que des émoluments à peine suffisants, les affaires ordinaires sont largement rétribuées, alors même qu'on ne cède pas à la tentation d'allonger outre mesure les conclusions grossoyées.

En matière sommaire la liquidation des dépens est faite par le jugement même qui les adjuge (art. 543, Code Pr. civ., 2e décret du 16 février 1807, art 1). L'avoué gagnant doit déposer dans le jour au greffe l'état des dépens; la liquidation en est faite par le tribunal et est insérée dans le dispositif du jugement. Le défaut de liquidation des dépens n'est pas, d'ailleurs, une cause de nullité du jugement; la partie gagnante est seulement tenue de supporter les frais de la taxe à laquelle elle fait procéder ultérieurement.

En matière ordinaire les dépens sont liquidés par un juge ayant assisté au jugement qu'on peut d'ailleurs expédier et délivrer avant que la liquidation des frais ne soit faite. (Décret de 1807, art. 2). La taxe est donc facultative; dans la pratique le dossier n'est remis au juge que si la partie perdante réclame la taxe, ou si l'avoué distractionnaire des dépens veut prendre un exécutoire.

Les jugements au chef de la liquidation ou les exécutoires sont susceptibles d'opposition dans les trois jours de la signification à avoué. Citation est donnée devant la chambre du conseil qui statue en dernier ressort, à moins qu'il n'y ait appel de quelque disposition sur le fond (art. 6).

Le décret de 1807 est spécial aux affaires civiles et suppose par conséquent, qu'il y a eu constitution d'avoué. Les règles qu'il édicte sont cependant appliquées par analogie devant les

[1] Le projet de loi sur la procédure civile, qu'une commission de la Chambre étudie actuellement, renferme sur ce point une importante innovation. La procédure sommaire est admise comme procédure de droit commun.

Digitized by Google

tribunaux de paix et de commerce (Cass. 8 juin 1864, D. 65. 1. 67). Toutes les affaires soumises à ces juridictions sont sommaires; le tribunal, ou le plus souvent le greffier, liquide les frais exposés par la partie gagnante; le jugement est de ce chef susceptible d'opposition devant le tribunal qui l'a rendu. Quel est en ce cas le délai de l'opposition puisqu'il n'y a pas lieu à signification à avoué? Le décret de 1807 étant inapplicable, l'opposition devra être recevable jusqu'à l'exécution [1].

Si la liquidation des frais n'est pas faite dans le jugement on peut se demander si le juge de paix ou le tribunal de commerce demeure compétent pour taxer et délivrer l'exécutoire; car ces juridictions ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements. M. Dupin admet cependant que l'omission peut être réparée par la juridiction qui a statué au fond [2].

La procédure d'opposition à taxe ne peut être suivie que lorsqu'il s'agit de frais exposés par la partie gagnante. Dans la pratique l'avoué de la partie qui a succombé se fait quelquefois taxer avant de réclamer ses frais; mais il ne peut prendre d'exécutoire contre son client et doit agir par action principale s'il y a des difficultés. En ce cas la taxe n'a rien d'obligatoire pour le tribunal seul juge de la contestation, et la partie n'a jamais à se pourvoir par voie d'opposition.

L'art. 319 du Code de Pr. civ. règle la situation des experts. Ils ne sont pas obligés d'attendre le jugement du procès pour obtenir le paiement de leurs déboursés et honoraires. Leurs vacations peuvent être taxées par le président immédiatement après l'expertise, et exécutoire est délivré contre la partie qui a requis l'expertise ou qui l'a poursuivie, si elle a été ordonnée d'office. L'ordonnance de taxe est susceptible d'opposition; mais la question de savoir si cette opposition doit être jugée en audience publique ou en chambre du conseil est vivement controversée. La

[1] L'opposition à l'exécutoire délivré à un notaire, conformément à la loi du 5 août 1881 est de même recevable jusqu'à l'exécution. Tribunal de Périgueux, 31 janvier 1884. *Bull. de la taxe*, t. IV, p. 87.

[2] Réquisitoire précédant l'arrêt de cassation du 17 janvier 1842, D. v° *Frais*, n° 289.

Digitized by Google

Cour de cassation se prononce en faveur de la compétence de la chambre du conseil. 19 janvier 1886, D. 87. 1. 76.

Si les experts n'ont pas usé du droit que leur accorde l'art. 319, leurs frais sont liquidés en même temps que les autres dépens de l'instance.

Le Code de Pr. civ. (art. 701) prescrit formellement la taxe préalable de tous les frais faits pour parvenir aux ventes judiciaires. Si l'ordonnance de taxe préjudicie aux intérêts d'une partie, elle peut se pourvoir devant le tribunal.

En matière d'ordre et de contribution les frais sont toujours liquidés par le juge commissaire dans le règlement définitif. La partie qui veut contester une taxe doit faire opposition à l'ordonnance de clôture.

III.

La législation que nous venons d'analyser présente de nombreuses lacunes. En premier lieu la taxe n'est obligatoire qu'en matière sommaire, c'est-à-dire dans les affaires les plus simples et où l'abus est le moins à craindre. Nous devons ajouter qu'en l'absence de toute sanction le décret de 1807 n'est pas rigoureusement appliqué. Il n'est pas un tribunal où les états de frais soient déposés au greffe dans les 24 heures; mais il en est peut-être cent où ils ne passent jamais sous les yeux du président. Trop souvent le chiffre des frais est laissé en blanc sur les minutes, ou un greffier soigneux se borne à y insérer un nombre quelconque précédé de cette mention : *taxé pour l'enregistrement à la somme de.*

Alors même qu'on veillerait avec soin à la stricte exécution des prescriptions légales, il n'y aurait pas de taxe obligatoire pour les affaires ordinaires jugées, ni pour les affaires de toute nature rayées avant un jugement définitif.

Enfin le décret n'a en vue que les frais des parties gagnantes; ceux exposés par les parties perdantes ne sont pas liquidés. La taxe qui peut en être faite sur une demande spéciale, est même sans valeur juridique.

Il est facile de rechercher la proportion des affaires taxées aux affaires non taxées; nous estimons que sur cinq dossiers, un seul

Digitized by Google

passe sous les yeux du magistrat taxateur. Quatre plaideurs sur cinq ont donc intérêt à la révision du décret de 1807.

Non seulement les frais de toutes les parties nous paraissent devoir être liquidés par le juge, mais les intéressés doivent être directement informés du chiffre exact des frais qu'ils ont à supporter. Cet avis donné par mesure d'ordre général n'aura aucun caractère blessant pour les officiers ministériels, et il offrira des avantages sur lesquels nous jugeons inutile d'insister. Nous ne supposons pas qu'un avoué ou un huissier se permette de majorer un état taxé; mais il ajoutera souvent des honoraires extraordinaires à la somme allouée par le juge. L'avertissement donné par le magistrat taxateur permettra au client de ne pas confondre les deux espèces d'honoraires.

La procédure d'opposition à la taxe nous semble également défectueuse. Que la réclamation provienne du créancier trouvant la taxe trop faible, ou du débiteur estimant qu'on a appliqué trop largement le tarif, l'opposition, en présence des termes formels de l'art. 6 du décret de 1807, ne peut être faite qu'après la signification à avoué de l'exécutoire ou du jugement. Or celui à qui les frais sont dus connaît immédiatement la taxe et n'a pas à attendre la signification pour formuler une réclamation, et celui qui paiera les frais est déchu du droit d'opposition avant d'avoir eu personnellement connaissance de la taxe. On suppose que l'avoué est mieux à même que le client d'apprécier si l'opposition doit être formée; mais, en réalité, soit par esprit de confraternité, soit par crainte de créer un précédent pouvant un jour lui être opposé, l'avoué est peu disposé à réclamer au nom d'un client qu'il a, d'ailleurs, à peine le temps d'aviser dans le délai de trois jours.

Le décret ne prévoit que le cas où il y a eu signification à avoué; liée par ce texte la jurisprudence a dû décider que la signification à partie ne fait pas courir le délai d'opposition. Devant les justices de paix et les tribunaux de commerce on peut donc contester la taxe jusqu'à l'exécution du jugement. Lorsque la taxe sera toujours portée à la connaissance des parties, il sera facile d'établir pour l'opposition une règle uniforme.

Quel que soit le montant des frais taxés, le décret n'autorise

Digitized by Google

l'appel du jugement statuant sur l'opposition que s'il y a appel d'une disposition sur le fond. L'application de cette règle donne lieu à une vive controverse dans le cas où des experts se font taxer en vertu de l'art. 319. On admet assez généralement que l'entrave à l'exercice du droit d'appel ne s'applique qu'aux dépens adjugés. Nancy 4 décembre 1879, D. v° *App. civ.*, *Suppl.* n° 52. — L'opinion contraire consacrée par un arrêt de Paris du 30 décembre 1882, (D. 83 2. 217) nous semble préférable. A notre sens il vaudrait mieux, d'ailleurs, ne pas s'écarter en matière de taxe des principes généraux et admettre l'appel lorsque l'intérêt est supérieur à 1.500 francs. Car dans beaucoup de procès, contrairement à l'opinion des auteurs du décret, la question des frais est le principal et non l'accessoire.

IV.

Pour obvier aux inconvénients du mode actuel de liquidation des frais, nous proposons de rendre la taxe obligatoire. La mise en pratique de ce nouveau système nous paraît facile.

Aucune affaire ne devrait être jugée ou rayée du rôle avant que les dossiers contenant les états de frais avec pièces à l'appui n'aient été déposés par les avoués. Un juge délégué vérifierait les états et les taxerait; on insérerait ces taxes dans la disposition du jugement ou de la décision d'ordre intérieur rayant l'affaire du rôle. Moyennant une rétribution minime le greffier ferait connaître à chaque partie le total des frais à sa charge. Semblable avis serait donné aux intéressés si les experts usant du droit que leur confère l'art. 319 se faisaient taxer avant la fin de l'instance.

On peut se demander si les tribunaux se conformeraient plus exactement à ces prescriptions qu'aux règles relatives à la liquidation des frais en matière sommaire. Une sanction est donc indispensable. Nous pensons qu'il n'y aurait rien d'excessif à interdire l'enregistrement des jugements ne contenant pas la taxe des frais, excepté, bien entendu, le cas où les dépens auraient été réservés. Les simples radiations du rôle après transaction ou abandon ne sont pas, il est vrai, soumises à la formalité de l'enregistrement; mais la faveur dont jouissent ces décisions d'ordre intérieur ne sera pas probablement pas de longue durée. En effet

Digitized by Google

si la réforme proposée par M. Brisson est adoptée, il faudra nécessairement compléter le projet en soumettant à un droit d'enregistrement les affaires retirées du rôle avant jugement.

Nous recommandons, d'ailleurs, à titre de garantie supplémentaire la tenue au greffe d'un registre spécial contenant le nom de la partie, celui de l'avoué, le total des frais taxés, la date du jugement ou de la radiation du rôle, la date de l'enregistrement et celle de l'avis donné à l'intéressé. L'administration de l'enregistrement vérifiera si les indications du registre concordent avec les mentions portées au jugement, et, au besoin, avec les taxes originales conservées au greffe. Toute erreur rendra le greffier négligent passible d'une amende. Si on craint d'augmenter outre mesure son travail, il est facile de supprimer un certain nombre d'états mensuels ou trimestriels qui ne sont jamais lus par personne.

Devant les juridictions où le ministère des avoués n'est pas obligatoire, il faudrait apporter à notre système une légère modification. On ne peut charger la partie d'établir elle-même son état de frais. Après la remise du dossier cet état fort simple en général serait dressé par le greffier, puis taxé par le juge. Actuellement le greffier insère plus ou moins régulièrement dans le jugement le montant des frais du gagnant, mais le juge ne fait presque jamais la liquidation des dépens. Dans notre système il resterait au greffe des états taxés par un magistrat, ce qui serait une garantie de l'examen sérieux des dossiers.

Nous estimons qu'il y aurait lieu d'allouer au greffier une légère indemnité pour la confection de l'état de frais et l'envoi de l'avertissement à la partie. Une rétribution de 0 fr. 25 pour chacun de ces actes nous paraîtrait suffisante. Les états de frais inférieurs à 10 fr. seraient dressés sur papier libre. Les plaideurs ne se plaindraient pas de supporter ces frais minimes ; car ils trouveraient à l'intervention nécessaire du juge un avantage bien plus considérable. Les dépens, même en justice de paix ou en matière commerciale, ne sont pas toujours dénués d'importance ; il y a souvent des expertises, des enquêtes. Devant toutes les juridictions le magistrat taxateur tiendra à honneur de se mettre au courant du tarif et fera disparaître de nombreux abus

Digitized by Google

que les limites de ce travail ne nous permettent pas de signaler[1].

L'obligation d'avertir les parties du chiffre des frais taxés facilite la réorganisation de la procédure d'opposition. Le délai pourrait courir, en effet, à partir de l'envoi de l'avis sous pli recommandé.

Nous accorderions à la partie quinze jours à compter de cette date pour signifier son opposition, sans préjudice du délai des distances. Communication lui serait donnée au greffe de l'état de frais détaillé. Lorsque l'avoué ou l'huissier sera intéressé à la rectification de la taxe, il aura tout le temps nécessaire pour agir au nom de sa partie. Il en sera de même pour l'expert qui estimera que ses honoraires ont été trop réduits.

La juridiction de la chambre du conseil nous semble devoir être maintenue. Les questions de détail que soulève une opposition à taxe peuvent y être discutées plus facilement qu'en audience publique. Mais nous ne voyons aucun avantage à restreindre le droit d'appel.

Après l'expiration du délai d'opposition, la partie gagnante poursuivrait le recouvrement des frais en vertu du jugement régulièrement levé et signifié. Les avoués des deux parties auraient, en outre, le droit de se faire délivrer par le greffier un extrait du ugement contenant leur taxe et agiraient en vertu de ce titre exécutoire.

V.

Nous ne croyons pas devoir entrer dans plus de détails sur un sujet aussi aride. Nous nous bornerons à résumer notre système en forme de projet de décret à l'intention des lecteurs qui trouveraient cet article trop long.

[1] Les frais supplémentaires qu'occasionnerait la mise en pratique de notre système devant les justices de paix et les tribunaux de commerce, s'élèveraient à 1 fr. 35 par partie pour les états de frais supérieurs à 10 fr., et à 0,75 pour ceux inférieurs à cette somme. L'état de frais conservé au greffe ne doit pas être enregistré puisque la taxe figure dans le jugement qui constitue le véritable titre. Bien entendu, si le projet de M. Brisson était adopté, l'état de frais serait toujours sur papier libre. On voit que les plaideurs ne paieraient pas cher un contrôle sérieux et que le bénéfice réalisé dépasserait sûrement les nouveaux frais.

Digitized by Google

1. En matière civile et commerciale la liquidation des dépens exposés par toutes les parties sera faite par les arrêts ou jugements prononçant condamnation aux dépens ou par les décisions radiant du rôle les affaires abandonnées.

2. Aucune affaire ne pourra être jugée ou rayée du rôle avant que les dossiers n'aient été remis au greffier. Dans les matières où l'assistance des avoués est obligatoire, il devra être joint au dossier de chaque partie un état détaillé des frais dressé par l'avoué. Devant les juridictions où les parties peuvent se présenter en personne, les états de frais seront dressés par le greffier au vu des pièces produites.

3. Les états dressés par les avoués ou par le greffier seront taxés par un des juges ayant participé au jugement et conservés au greffe. Ils seront mentionnés par ordre de date sur un registre spécial contenant le nom de la partie, le nom de l'avoué, le total des frais taxés, la date du jugement, celle de son enregistrement, et celle de l'avis donné à la partie.

4. La taxe des dépens exposés par toutes les parties en cause sera insérée dans le dispositif de l'arrêt, du jugement ou de la décision radiant l'affaire. Le jugement ne pourra être enregistré si les taxes n'y sont pas inscrites.

5. Dans la huitaine de l'enregistrement du jugement ou dans la quinzaine de la décision rayant une affaire du rôle, le greffier devra adresser, sous pli recommandé, à chaque partie au domicile par elle indiqué dans le placet, un avis contenant l'indication, pour la partie gagnante du total des frais par elle exposés, et pour la partie perdante des totaux des frais exposés par les deux plaideurs. Mention sera faite que le coût du jugement et des actes postérieurs n'a pas été liquidé, que la partie peut prendre communication au greffe sans déplacement des états de frais et faire opposition à la taxe dans un délai de quinzaine.

6. Lorsque le délai d'opposition sera expiré, la partie gagnante pourra poursuivre le recouvrement des frais en vertu du jugement régulièrement levé et signifié. Les avoués pourront se faire délivrer par le greffier des extraits de jugement contenant leurs taxes et agir contre leurs clients en vertu de ce titre exécutoire.

7. Lorsque les experts useront du droit qui leur est accordé

Digitized by Google

par l'art. 319 du Code de Pr. civ., le greffier devra dans un délai de quinzaine adresser aux parties un avis sous pli recommandé. Il mentionnera la date de la taxe et celle de l'avis sur le registre des taxes. Dans la quinzaine de l'avis les parties ou les experts pourront faire opposition à la taxe. A l'expiration de ce délai les experts auront le droit de se faire délivrer un exécutoire par le greffier.

Dans les autres cas les frais d'expertise seront taxés dans le jugement définitif ou dans la décision rayant l'affaire du rôle.

8. L'opposition sera faite par acte d'avoué ou par exploit d'huissier suivant les cas. Le même acte contiendra citation à comparaître dans le délai ordinaire des ajournements en la chambre du conseil devant le tribunal ayant rendu la décision attaquée.

Les règles générales en matière d'appel sont applicables aux jugements d'opposition à taxe.

9. Le greffier sera passible d'une amende de 10 francs pour tout défaut de concordance entre la taxe originale, la taxe insérée au jugement et celle mentionnée dans l'avis prescrit par l'art. 5. Tout retard dans l'expédition de cet avis fera encourir au greffier la même amende.

10. Le greffier aura droit à 0 fr. 25 pour la rédaction de l'état de frais, et à 0 fr. 25 pour l'envoi de l'avis à la partie. Il devra pendant les délais d'opposition, communiquer sans rétribution les états taxés aux parties ou à leurs mandataires.

R. BONA CHRISTAVE.

ORIGINES DE LA SAISINE HÉRÉDITAIRE,

Par M. Maurice Dufourmantelle,

Avocat à la Cour d'appel de Paris, docteur en droit.

1. Parmi les questions que soulève l'histoire de nos institutions juridiques, le problème des origines de la saisine héréditaire compte parmi les plus obscurs et les plus délicats. Des travaux aussi nombreux que savants se sont produits sur ce sujet, en France comme à l'étranger; et depuis le temps qu'on en dispute, il semble que la matière doive être épuisée : pourtant, il n'en est

Digitized by Google

pas peut-être où l'on soit moins sûr d'avoir touché la vérité, et si j'aborde à mon tour la question, c'est pour combattre la vraisemblance apparente de certains systèmes séduisants présentés récemment, et pour appuyer une solution, méconnue trop souvent ou qui ne s'est jusqu'à présent recommandée d'aucun texte ou document ancien. C'est dire que cette étude sera surtout consacrée à l'examen des derniers travaux sur la saisine héréditaire, les théories moins récentes ne devant donner lieu qu'aux explications essentielles pour avoir une vue d'ensemble de la question, sans reprendre par le détail des arguments connus de tous.

2. Avant tout il importe de bien préciser la nature de la saisine héréditaire. Sous l'empire du Code civil, elle n'a trait qu'à la possession et à la mise en possession au profit de l'héritier, c'est-à-dire à l'exercice des droits héréditaires; l'héritier et dans certains cas les légataires universels peuvent exercer efficacement les droits héréditaires, dès l'instant de l'ouverture de la succession sans formalités préalables. La saisine héréditaire est donc l'investiture légale et de plein droit, par suite de l'ouverture de la succession, de la possession du défunt et de la faculté d'exercer les droits qui lui appartenaient. Telle nous apparait aussi la saisine héréditaire de notre ancien droit, dans la maxime célèbre : « Le mort saisit le vif ». D'une part l'héritier devient de plein droit et par fiction possesseur du patrimoine héréditaire; « *le mort saisit le vif*, disait Charondas, *c'est-à-dire le rend possesseur* », « *mortuus facit vivum possessorem sine ulla apprehensione* » écrivait Tiraqueau, et enfin Pothier nous dit en termes précis : « *la possession qu'avait le défunt des choses de la succession, quoique la possession soit une chose de fait, est par cette règle réputée passer à l'héritier sans aucune appréhension de fait de sa part.* » D'autre part, l'héritier pourra dès l'instant du décès de son auteur exercer par lui-même les actions qui compétaient au défunt et notamment la complainte et la réintégrande, lorsqu'il est troublé dans sa possession ou qu'il en est dépossédé violemment. La possession, tel est le domaine de la saisine héréditaire : la question d'acquisition de la propriété y est donc étrangère.

3. D'où vient cette conception juridique, étrange au pre-

Digitized by Google

mier abord, qui rend l'héritier possesseur sans appréhension de fait? Comment expliquer qu'une personne morte peut transmettre la possession, qui est chose de fait, à une personne vivante? Cette règle vient-elle d'une tradition reculée, qui aurait pénétré les mœurs et les coutumes en s'imposant par son antiquité même? A-t-elle pris naissance au contraire sous l'influence de causes spéciales à une époque déterminée? et quelles furent ces causes? Voilà quelles questions se posent à notre curiosité historique et dont nous voulons rechercher la solution en examinant tour à tour les divers systèmes proposés, pour exposer en dernier lieu la théorie la plus vraisemblable dans ce sujet épineux, où la conjecture joue forcément un certain rôle.

I. — *Systèmes de l'origine romaine.*

4. Personne aujourd'hui ne songe à faire dériver la maxime « le mort saisit le vif » du principe romain « *possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem.* » Dans leur admiration pour le droit romain, les anciens commentateurs voulaient y rattacher toutes les institutions de leur temps. Cujas avait déjà fait justice de cette argumentation complaisante (*comment. in lib. XII Pauli ad edict. Oper. post.* t. II, col. 178) : la formule romaine avait trait à la théorie de l'accession des possessions, qui permettait bien à l'héritier de joindre la possession du *de cujus* à la sienne propre, mais à la condition que l'héritier possédât lui-même *corpore et animo*, ce qui est l'opposé de la saisine, c'est-à-dire de la transmission légale de la possession sans appréhension de fait par le successeur. Faut-il dire, comme Cujas, que cette erreur d'interprétation donna naissance à la maxime coutumière, « ramassée au hasard dans la rue (*vox illa de via collecta*) »? Certes non; tout au plus pourrait-on avancer que cette erreur d'interprétation colportée d'école en école favorisa le développement et l'extension de la maxime, en la couvrant à tort de l'autorité des lois romaines; mais elle n'en fut pas la cause créatrice.

5. La théorie de l'origine romaine de la saisine héréditaire était abandonnée depuis longtemps, lorsque récemment un savant

Digitized by Google

collaborateur de cette Revue, M. Marcel Planiol (1), crut voir dans les institutions du Bas-Empire les premières manifestations d'une conception juridique nouvelle, inconnue à l'époque classique du droit romain, et dont la maxime « *le mort saisit le vif* » ne serait que la consécration définitive et le couronnement.

M. Planiol remarque que la saisine héréditaire produit deux effets caractéristiques : d'une part, l'héritier peut se mettre en possession de lui-même sans formalité préalable; d'autre part, si quelque obstacle de fait s'oppose à son entrée en possession, il sera mis en possession par justice sans « plaid faire », ce qui, ajoute M. Planiol, signifie que l'héritier jouit d'un interdit *adipiscendæ possessionis*, et n'en est pas réduit à former sa demande dans les formes ordinaires. Ces mêmes effets se produisaient au profit des *bonorum possessores* romains qui avaient demandé et obtenu la *missio in possessionem*. Mais la formalité de la demande d'envoi en possession tendit à se simplifier : les termes solennels furent supprimés, on pût s'adresser aux magistrats municipaux eux-mêmes et non au magistrat supérieur; certains successeurs furent même dispensés de cette obligation par décision de Constantin et de Théodose et Valentinien ; enfin sous Justinien, la *bonorum possessio* s'acquiert par une simple manifestation de volonté : dès lors l'héritier peut se mettre en possession de lui-même et exercer avant toute appréhension de fait de sa part et sans aucune décision de la justice l'interdit *quorum bonorum*. Tel était le dernier état du droit romain et de la pratique au Bas-Empire : institution et pratique auraient survécu à l'effondrement de la puissance impériale, à l'invasion barbare, à la conquête franque, et auraient fini par prendre en quelque sorte un corps, par avoir une personnalité propre au milieu des autres institutions, par s'appeler en un mot d'un nom spécial : la saisine héréditaire. Et l'érudit professeur fait en outre remarquer à l'appui de sa doctrine que les anciens textes (*Cout. d'Anjou*, art. 272. — *Cout. du Maine*, art. 289, — *Grand Coutumier*, L. II, ch. 40. — *Somme rurale*, titre 20) exigeaient de l'héritier qu'il agît dans l'année ou

[1] M. Planiol, *Origine romaine de la saisine héréditaire* dans la *Revue critique*, année 1885.

Digitized by Google

dans les cent jours du décès pour pouvoir se dire saisi : n'est-ce pas là encore une trace des lois romaines, d'après lesquelles le *bonorum possessor* devait dans le délai d'un an ou de cent jours, selon les cas, demander l'envoi en possession, ou, quand cette formalité eut disparu, manifester sa volonté avant que l'hérédité ne fût déférée au degré subséquent?

6. Cette thèse est très séduisante : à sa simplicité apparente elle joint l'avantage de présenter un enchaînement ininterrompu entre les institutions du Bas-Empire romain et celles du XIIIe siècle, où apparaît la formule « le mort saisit le vif ». Elle doit être pourtant repoussée. La situation de l'héritier coutumier est en tous points différente de celle du *bonorum possessor* même à l'époque de Justinien.

En effet l'héritier romain du Bas-Empire pouvait bien avant toute appréhension user spontanément de l'interdit *quorum bonorum* pour avoir la possession de fait ; mais cet interdit était *adipiscendæ possessionis*, c'est-à-dire qu'il supposait l'acquisition d'une possession non encore acquise. Or, tel n'était pas le caractère des moyens de droit mis à la disposition de l'héritier par la coutume ; la complainte, la réintégrande ne sont données qu'à celui qui possède déjà ; la première rappelle l'interdit *utrubi* (qui est *retinendæ possessionis*) ; la seconde rappelle l'interdit *unde vi* (qui est *recuperandæ possessionis*) ; or ces deux interdits sont refusés à l'héritier romain qui n'a pas encore possédé par lui-même *corpore* et *animo*. En un mot, l'interdit *quorum bonorum* tend à faire acquérir la possession héréditaire, tandis que les actions possessoires de notre ancien droit supposent que l'héritier est déjà possesseur : il n'y a donc pas de rapprochement à faire entre ces institutions, profondément différentes.

Il y a plus. La complainte comme la réintégrande étaient données à l'héritier, alors même qu'il n'avait pas encore possédé en fait, et pourtant elles ne sont accordées qu'à celui qui est possesseur. Cela nous révèle la différence fondamentale entre la situation de l'héritier coutumier et celle du *bonorum possessor*. Grâce à la maxime « le mort saisit le vif », l'héritier coutumier était censé posséder les biens héréditaires dès l'instant de l'ouverture de la succession, sans appréhension de fait de sa part : voilà la

Digitized by Google

notion exacte qui se dégage des fragments cités plus haut de Charondas, de Tiraqueau et de Pothier, et que confirme le texte de nombreuses coutumes [1]. L'exercice par l'héritier des moyens légaux pour avoir la possession de fait n'était que la conséquence de la fiction en vertu de laquelle il était réputé posséder réellement les choses héréditaires avant toute appréhension de sa part. Telle n'a jamais été la situation de l'héritier romain. Le droit du Bas-Empire lui-même n'admettait pas l'idée d'une possession, qui ne fût pas appuyée du *corpus* et de l'*animus;* il a donné au *bonorum possessor* les moyens d'obtenir la possession effective, il lui a même accordé le droit d'user spontanément de ces moyens, mais c'est pour acquérir une possession qu'il n'a pas encore et dont il ne sera nanti qu'après la prise de possession *corpore* et *animo*.

Le droit impérial et la coutume partent donc chacun d'un point de vue différent, et rien n'autorise à voir dans le premier l'origine de la seconde, ni à rattacher le principe de la saisine héréditaire aux institutions du Bas-Empire,

M. Planiol, il est vrai, prétend en s'appuyant sur un passage du Grand Coutumier que la saisine accordée à l'héritier coutumier était une simple saisine de droit, c'est-à-dire le droit de posséder, lui permettant d'appréhender en fait les choses héréditaires et d'user dans ce but des moyens de droit mis à sa disposition, sans formalités préalables. Telle était en effet la situation de l'héritier romain du Bas-Empire.

Je le répète, ce n'est pas la notion exacte de la saisine héréditaire. La saisine était non seulement le droit d'entrer en possession, mais aussi et avant tout l'acquisition de plein droit de la possession elle-même : « la possession qu'avait le défunt des choses de la succession, nous dit Pothier [2], quoique la possession soit une chose de fait, est réputée passer à l'héritier sans aucune appréhension de fait de sa part », et Pothier ajoute que cela est

[1] Bourgogne, art. 310. — Anjou, titre 12, art. 272. — Angoumois, ch. 7 art. 84. — Arras, titre 3, art. 16. — Chartres, ch. 18, art. 94. — Châteauneuf, ch. 18, art. 116. — Nivernais, ch. 34, art. 1er. — Bourbonnais, art. 299. — Blois, art. 136, etc...

[2] Pothier, *Traité des successions*, ch. III, section II.

Digitized by Google

bien contraire aux principes du droit romain. Les anciens textes, les anciens auteurs ne laissent aucun doute sur ce point, aujourd'hui démontré surabondamment, et sur lequel je n'insiste pas[1]. Au milieu de ce concert unanime de documents, le Grand Coutumier seul nous présente la saisine héréditaire comme une saisine de droit.

Voici ce passage du Grand Coutumier : « la coutume qui dit *le mort saisit le vif* est à entendre... *saisina juris tantummodo et non facti...*, et à lui est nécessaire cette appréhension de fait avant qu'il se puisse dire avoir entière saisine, *ut in lege cum heredes D. de acquir. possess.* » Ce fragment qui invoque l'autorité du Digeste est précisément l'opposé du passage de Pothier, cité plus haut, qui nous présente la saisine héréditaire comme contraire aux principes romains. Il suffit de lire cet extrait du Grand Coutumier et de le rapprocher de la loi 23 au Digeste (livre 41, titre 3), qu'il invoque, pour se convaincre que son auteur, sous l'impression trop vive de sa connaissance du droit romain, a été en quelque sorte aveuglé par le souvenir de la loi 23, et a perdu de vue le véritable caractère de la saisine coutumière.

D'ailleurs, non seulement ce passage reste isolé parmi les monuments de notre ancien droit, mais encore, il semble contredit par un autre fragment du Grand Coutumier lui-même, qui paraît bien reconnaître que l'appréhension de fait n'est pas nécessaire pour être saisi, quand il dit : « En titre de succession l'hoir se peut dire incontinent après la mort de son prédécesseur *en possession et saisine* des biens du trépassé dont il se dit hoir » liv. II, ch. 21) : la saisine ne serait autre chose que la possession elle-même.

Il faut donc écarter du débat l'autorité unique et douteuse du Grand Coutumier. Reste l'argument d'analogie tiré par M. Planiol de ce qu'on retrouve à Rome comme dans notre ancien droit un même délai d'an et jour ou de cent jours. Il n'y a là qu'une coïncidence sans la moindre corrélation entre les deux époques.

[1] V. M. Brissaud, *Note sur les origines de la saisine héréditaire* dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, année 1886.

Digitized by Google

En effet, l'héritier romain, s'il laissait passer ce délai sans invoquer la *bonorum possessio*, était censé renoncer à la succession, qui se trouvait dès lors déférée au degré subséquent; au contraire, l'héritier saisi continuait à jouir des avantages de la saisine même après l'an et jour à partir du décès du *de cujus*, tant qu'un tiers n'avait pas lui-même possédé les biens héréditaires pendant ce même laps de temps : et même en ce dernier cas, l'héritier coutumier, loin d'être écarté de la succession, pouvait y rentrer par la voie du pétitoire. La coutume d'Anjou, la coutume du Maine et le Grand Coutumier, qu'invoque M. Planiol, nous enseignent simplement que la complainte devait être exercée par l'héritier dans l'an et jour du décès de son auteur : cette règle était logique pour le cas, le plus fréquent sans doute, où le tiers avait usurpé au jour du décès, profitant ainsi de l'ignorance que pouvait avoir l'héritier de l'ouverture de son droit; au bout de l'an et jour, le tiers pouvait opposer une possession prolongée à l'héritier coupable d'inaction pendant le même délai : mais si le tiers usurpait dans le cours de l'année à partir du décès, et si l'héritier négligeait d'intenter la complainte avant l'expiration de cette année, le tiers se trouvait à l'abri de cette action quoique possédant depuis moins d'un an et jour; il n'y avait pas alors corrélation entre le temps nécessaire au tiers pour acquérir la possession et le temps au bout duquel l'héritier était privé du droit d'exercer la complainte : aussi décida-t-on que le délai d'an et jour pour agir en complainte courrait non du décès du *de cujus*, mais du jour du trouble apporté par le tiers. A cette époque de notre droit coutumier, on est loin du principe consacré par les coutumes d'Anjou et du Maine et par le droit romain : le délai d'an et jour des coutumes n'a donc ni la portée, ni la durée, ni le caractère du délai similaire imparti par les lois romaines, et l'on ne peut voir dans l'un l'origine de l'autre. D'ailleurs dans la coutume d'Anjou elle-même, et les autres textes analogues, le délai d'an et jour n'a pas trait à la prise de possession par l'héritier, mais à l'exercice de la complainte à fin de cessation de trouble [1] : grâce à la saisine l'héritier est possesseur de

[1] Coutume d'Anjou (art. 272) : « Et est saisi chacun de son droit et portion de la succession dudict mort, sans appréhension de faict, en dedans de l'an

Digitized by Google

plein droit « sans appréhension de fait »; mais si un an et un jour s'écoulent du moment du décès de leur auteur, et qu'un tiers se soit mis en possession pendant ce temps sans que l'héritier se complaigne ou ait préalablement possédé, alors la voie de la complainte lui est fermée.

Ainsi l'héritier romain devait manifester sa volonté de se porter héritier dans l'an et jour du décès pour devenir héritier et faire acte d'appréhension. L'héritier coutumier au contraire était héritier et possesseur de plein droit dès l'instant de l'ouverture de la succession, sans être obligé d'affirmer sa qualité par une appréhension de fait dans un délai déterminé; à son égard, le délai d'an et jour avait trait à l'exercice des actions possessoires et non à sa qualité de possesseur. Il ne faut donc pas chercher un rapprochement impossible entre les principes romains et les principes coutumiers ; il n'y faut voir qu'une simple coïncidence.

Tel est le système des origines romaines de la saisine héréditaire : il est séduisant au premier abord par sa simplicité et aussi par l'art avec lequel l'a présenté son savant auteur ; en l'examinant de plus près on voit qu'il manque d'une base solide.

II. — *Systèmes de l'origine germanique.*

7. La possession héréditaire prend en langue allemande le nom de « *gewere,* » et de même que nos anciennes coutumes nous révèlent la maxime *le mort saisit le vif*, de même on rencontre dans les vieux textes germaniques la formule analogue « *der Todte erbt den Lebendigen.* » Les jurisconsultes d'outre-Rhin en ont recherché l'origine, et ont été amenés à la trouver dans les anciennes institutions des Germains[1] : ce système, né en Allemagne, a rallié en France des partisans autorisés[2]; mais il

et du jour du décez d'iceluy mort. Car si lesdits successeurs ou aucuns d'eux laissent passer l'an et le jour après le décez sans appréhension de faict et détention de leurs portions, et sans soy complaindre ou appléger et en souffrant autre possesseur par ledit temps, ils n'en seroient plus saisis.»

[1] Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des aelteren deutschen Sachenrechts*, Kœnigsberg, 1828. — Heusler, *Die Gewere*, Weimar, 1872. — Cosack, *Der Besitz des Erben*, Weimar, 1877.

[2] Kœnigswarter, *Histoire de l'organisation de la famille*, p. 147, *Revue*

Digitized by Google

est trop connu pour que nous ne nous contentions pas de l'exposer seulement dans ses lignes principales et dans la mesure nécessaire pour en présenter la réfutation.

La famille germaine reposait toute entière sur le principe de la solidarité, qui se manifestait par la copropriété de famille ou *condominium* et par le *mundium*, double institution aboutissant, nous dit-on, à la même conséquence, la saisine héréditaire.

Grâce à la solidarité familiale, l'injure faite ou le dommage causé à l'un des membres de la famille rejaillissait sur tous les autres : tous les membres de la communauté atteints dans la personne de l'offensé avaient le droit et le devoir d'obtenir réparation de l'offenseur et de sa famille. Cette réparation était poursuivie à l'origine par les armes. Le besoin de repos et de paix se faisant sentir dans la société germaine, le droit de vengeance par la guerre privée fut remplacé par le paiement en nature ou en argent d'une indemnité (*Whergeld*) par la famille débitrice au profit de la famille offensée ; et de même que dans la communauté tous étaient responsables du fait de chacun, de même les biens de tous devaient répondre pour chacun : de là le *condominium*.

Par suite du *condominium*, tous les membres d'une même famille jouissaient en commun des biens composant le patrimoine de la famille : or à cette époque barbare, la propriété et la possession devaient être confondues, la copropriété devait entraîner la copossession ; si donc un des membres de la famille venait à mourir, ses héritiers, loin d'acquérir une propriété nouvelle continuaient au contraire à jouir de celle à laquelle ils participaient du vivant même du *de dujus* : le même résultat se produisait en ce qui concerne la possession, laquelle était ainsi acquise de plein droit à l'héritier *a die mortis*. C'est d'ailleurs ce qui se dégage du fragment suivant de Tacite : « *Heredes tamen successoresque sui cuique liberi : et nullum testamentum. Si liberi*

de législation, 1844, t. XIX, p. 523. — Renaud de Berne (compte rendu d'un travail de), *Revue de législation et de jurisprudence*, 1847, t. II, p. 74. — Rigaud, *De la saisine héréditaire d'après le droit civil français*, *Revue étrangère et française de législation*, 1842, t. IX. — Simonnet, *Histoire et théorie de la saisine héréditaire*. — Demolombe, *Traité des successions*, t. I.

Digitized by Google

non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi » (*Des mœurs des Germains*, n° 20).

De plus, lorsque l'institution du *whergeld* eut pris la place de la vengeance armée, la responsabilité de famille se fixa sur la tête du chef de la famille, qui seul recevait ou payait l'indemnité : de là, en la personne du chef, un droit de protection ou de tutelle dit *mundium* : la garantie des personnes, c'est le *mundium* proprement dit : la garantie des biens prit le nom de *gewere*, et l'idée de protéger le patrimoine entraîna celle de l'avoir en son pouvoir, en sa possession.

Or la garantie familiale, pour être efficace, devait être perpétuelle : si le chef de la famille vient à mourir, le *mundium* ne cesse pas pour cela : il passe de suite et sans interruption sur la tête du nouveau chef avec ses attributs ; et puisque la saisine ou *gewere* en était l'attribut essentiel, elle était transmise de plein droit du *de cujus* à son héritier : voilà l'origine de la saisine héréditaire, principe fécond et salutaire qui aurait pénétré les mœurs si profondément, qu'il survécut à toute la période féodale, quoiqu'elle en fût la négation, et trouva sa consécration définitive dans les adages allemands et français cités plus haut.

8. Que notre ancienne législation ait parfois subi l'influence du droit germanique, cela est incontestable ; qu'elle lui ait emprunté le principe de la saisine héréditaire, c'est-à-dire la transmission de plein droit de la possession du défunt à la personne de l'héritier, voilà qui me semble bien peu prouvé et bien difficile à établir.

Au point de vue de la propriété, les biens chez les Germains pouvaient se diviser en trois catégories : les meubles, les terres de pâture, les habitations. En ce qui concerne les meubles, ces Barbares pratiquaient le système de la propriété individuelle : c'était leur principale richesse composée de chevaux, armes ou troupeaux. Il n'est donc pas possible en pareille matière de parler de copropriété ni de copossession, et ce n'est pas là qu'on peut découvrir le principe de la saisine héréditaire.

A l'égard des terres de pâture, elles étaient le patrimoine commun de la tribu. Mais qu'on y prenne garde, il ne s'agit pas ici d'un véritable droit de copropriété ; ce territoire où séjourne

Digitized by Google

la tribu, parfois cultivé, le plus souvent laissé inculte, ne compte dans le patrimoine réel ni de l'individu, ni de la famille, ni même de la tribu : il ne fait l'objet que d'une occupation temporaire; on ne lui demande qu'une maigre moisson pour l'homme ou des herbages pour les troupeaux, et lorsque la récolte est faite, lorsque le pâturage est épuisé, la tribu plie ses tentes et continue sa marche nomade vers de nouveaux territoires, abandonnant derrière elle au premier occupant le sol où elle n'a séjourné que quelques mois[1]. Donc, pas de copropriété : partant, pas de copossession.

A côté du communisme des terres et de la propriété mobilière, on trouve la copropriété de famille portant sur la maison de bois entourée d'un enclos, où habite la famille germaine devenue sédentaire[2]. Ici nous sommes bien en présence d'un *condominium :* mais faut-il en conclure à une copossession et y voir la source de la saisine héréditaire? Non, à mon sens. Je ne sais si à l'origine les idées de possession et de propriété étaient confondues par les Germains, et si la copropriété entraînait fatalement la copossession : sans doute la véritable possession a très bien pu être ignorée des sociétés primitives; mais certainement, la notion toute élémentaire de la simple détention matérielle distincte de la propriété a dû s'imposer aux peuples les plus grossiers. Or, il me semble impossible que ces peuples, dont la science juridique était rudimentaire, que l'on considère comme incapables d'avoir la notion de la possession proprement dite, aient conçu l'acquisition de la simple détention autrement que par le fait de l'appréhension matérielle. L'héritier, comme toute autre personne, ne devait se considérer possesseur qu'autant qu'il avait la chose en quelque sorte entre les mains, et jamais le droit primitif n'a pu s'élever à la hauteur d'une fiction savante qui réputerait le suc-

[1] Ce même communisme des terres se retrouve de nos jours chez les Kirghiz parallèlement à la communauté familiale et amicale (Tamyrmyk) : et pourtant la notion d'une saisine héréditaire ou une notion analogue n'y semble pas connue. V. Dingelstedt, *Le Droit coutumier des Kirghiz* (*Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1890).

[2] Sur la propriété chez les Germains, V. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. II, p. 58 et suiv.

Digitized by Google

cesseur possesseur du patrimoine héréditaire sans acte d'appréhension de sa part [1]. La copropriété immobilière des Germains devait donc donner aux membres de la famille moins un droit de copossession proprement dite qu'un droit à la détention commune, à la jouissance commune de la maison et de l'enclos, détention et jouissance qui supposent nécessairement un acte matériel et sont réfractaires à toute idée d'acquisition fictive.

Est-il dès lors nécessaire de s'arrêter longtemps à la formule, bien vague d'ailleurs, de Tacite « *proximus gradus in possessione.* » Par ces mots, Tacite n'a certainement entendu viser que les proches parents du défunt parmi ceux qui avaient la jouissance commune de la maison et de l'enclos, qui habitaient sous le même toit, en un mot qui dépendaient du même groupe de famille, ce qui est une allusion non pas à une question d'acquisition de la possession, mais à un mode d'organisation familiale et de dévolution héréditaire.

9. L'argument beaucoup plus serré tiré du rapport existant entre le *mundium* et la *gewere* n'est pas plus décisif. Le devoir de protection imposé au chef de famille en vertu du *mundium* n'impliquait pas l'idée d'avoir la chose en sa possession. Le chef de famille germain était un simple administrateur et surtout un protecteur [2]. Or, une double situation pouvait se présenter : ou bien la famille vivait en paix, par suite aucun acte de protection n'était exigé de sa part à l'égard du patrimoine commun; ou bien des entreprises étaient dirigées contre les biens familiaux. Quels étaient alors les rapports du chef avec ces biens? Au premier cas, c'étaient ceux d'un co-propriétaire jouissant de la chose commune, agissant en vertu du *condominium* et non du *mundium;* nous nous sommes déjà expliqué sur cette hypothèse. Au second cas,

[1] Le droit romain qui n'accordait la qualité de possesseur à l'héritier qu'autant qu'il possédait *corpore et animo* est un reflet vivant des principes originaires dans leur rigoureuse simplicité : et même d'après certains auteurs, auxquels je me rallie, la possession primitive ne devait consister à Rome que dans l'*usus* ou simple jouissance, dont la loi des XII tables, la théorie de la *manus* et celle de l'*usucapio pro herede* (*usu-capere*) montrent les vestiges.

[2] V. Glasson, *oper. cit.*, t. II, p. 42.

Digitized by Google

c'étaient ceux d'un co-propriétaire faisant valoir les droits de ses co-propriétaires au nom de tous (comme un associé exerçant seul par mandat les actions relatives aux biens sociaux); or, cela n'implique en rien l'idée d'un droit de possession, mais seulement celle d'un droit de co-propriété. Dans ces deux hypothèses, le chef de famille devait, il est vrai, avoir la chose en son pouvoir, mais c'était la conséquence de sa participation au *condominium*, qu'il exerçait pacifiquement ou litigieusement, et rien n'indique qu'il y eût là une possession véritable plutôt qu'une simple détention intransmissible par nature.

En d'autres termes, l'obligation de protection n'impliquait pas nécessairement l'idée de possession. Si le chef devait avoir à cet effet la chose en son pouvoir, c'était à raison du droit de co-propriété qu'il exerçait. Les rapports avec les choses, en pareil cas, étaient donc ceux qui découlaient du *condominium;* or, nous avons dit que la co-propriété germanique n'impliquait ni la co-possession ni la possession proprement dite.

Lors donc que le chef de famille venait à mourir, le *mundium* se transmettait au nouveau chef non avec un droit de possession qui n'y était pas compris, mais avec celui d'exercer le *condominium* contre tout agresseur, au nom de la communauté. On ne saurait, par conséquent, voir dans le *mundium* germanique, l'origine ni du principe de la possession, ni de celui de sa transmission de plein droit à l'héritier.

La théorie que je discute est celle des auteurs allemands, et elle repose, à mon sens, toute entière sur la confusion qu'ont faite ces auteurs, entre la *Gewere* moderne, signifiant *possession* (*Besitz*), et la *Gewere* germanique ou *tutelle des biens;* le même mot s'applique à des institutions différentes.

10. D'ailleurs, pendant toute la période féodale, qui dura plusieurs siècles, le principe contraire à celui de la saisine héréditaire domina; l'héritier n'avait la saisine qu'en la demandant au seigneur suzerain, et ne l'acquérait pas *ipso jure*. Il faudrait donc supposer que le principe germanique aurait momentanément disparu pendant quatre siècles, et serait revenu au jour après cette période d'effacement; mais cette explication facile doit tomber en présence de la révolution considérable introduite dans les mœurs

Digitized by Google

et dans les institutions par la féodalité, qui, du IXe au XIIe siècle, fit énergiquement prévaloir un principe diamétralement opposé à celui de la saisine héréditaire.

D'ailleurs encore, si le brocart « le mort saisit le vif » provenait du droit germanique, il serait naturel de le rencontrer d'abord en terre germanique, et de ne le voir apparaître dans les autres pays que plus tard. Or, c'est précisément le contraire qu'on remarque. La première fois qu'on observe en Allemagne la sentence *der Todte erbt den Lebendigen*, c'est en 1448, en Holstein, sous la forme archaïque *de dode ervet den levenden*. En France, au contraire, elle se révèle dès 1259, c'est-à-dire deux siècles plus tôt qu'en Allemagne, sous la forme latine, dans un arrêt du Parlement de Paris (Olim, I, 452, n° 16), et en 1270 les Établissements de Saint-Louis nous disent en toutes lettres « et li usages d'Orlénois si est que li morz saisist le vif... ». On objecte, il est vrai, que les recueils du droit saxon (bien antérieurs à la sentence d'Holstein, puisqu'ils remontent à la première moitié du XIIIe siècle), nous disent : « *Der vater erbet uffen son die gewere des gutes mit sament dem gute.* » Mais on est loin d'être d'accord sur le sens de la maxime saxonne. Pour moi, elle n'est pas relative à la transmission de la saisine héréditaire; le mot *erben* signifie moins *ensaisiner* que *avoir pour héritier;* tel est le sens de cette autre maxime du miroir de Saxe « *Stirft die man one kint, sin vader nimt sin erve* [1] », et lorsque ce même recueil nous dit *der vater erbet uffen son die gewere des gutes mit sament dem gute*, il exprime cette idée que le père a son fils pour héritier de son bien, ce qui détermine la dévolution du patrimoine, sans indiquer le mode d'acquisition de la possession héréditaire.

Que voyons-nous enfin au cœur des pays germaniques, sur les bords de l'Elbe et du Rhin? Si le brocart « le mort saisit le vif » a une origine germanique, nous le trouverons certainement, ou

[1] Tel est aussi le sens des anciennes formules « *De vader unde de moder ervet uppe dat kynt* » (Hambourg 1270) — « *De vader ofte dhe moder ervet op dat kint* » (Hambourg 1292) — « *Stirbit eyn man und hot her gut unvorgebin, dazselbe gut erbit uf syn kindir* » (Magdebourg vers 1260) — V. Schanz : *Das Erbfolgeprinzip des Sachenspiegels und des magdeburger Rechts* (Tübingen, 1884).

Digitized by Google

tout au moins nous en découvrirons la trace dans ces contrées ; or les anciennes ordonnances de Magdebourg, les coutumes du XIVe siècle de l'Elbe et du Rhin, nous apprennent que l'héritier ne sera investi de la possession héréditaire, qu'après avoir manifesté sa volonté et appréhendé les biens [1].

Ainsi, si l'on interroge les plus anciens textes allemands, sans se lancer dans le domaine assez vague de vieilles institutions primitives étrangères à notre sujet, on y voit des formules dont le sens est douteux, des principes réfractaires à toute idée de saisine héréditaire, et un axiome relativement récent qui la proclame : tout cela est insuffisant pour établir sûrement l'origine germanique de notre maxime coutumière. La saisine héréditaire nous apparaît seulement au XIIIe siècle : ne cherchons pas plus loin sa naissance ; c'est ce qui me reste à développer en exposant le système de l'origine coutumière [2].

III. — *Système de l'origine coutumière.*

11. Avec la féodalité apparut toute une puissante hiérarchie qui engageait les personnes et les terres : en bas de l'échelle les biens de mainmorte ; en haut les fiefs ; à côté les censives, les alleux et les meubles.

A l'origine le fief était personnel : il faisait retour au seigneur à la mort du vassal. Peu à peu il devint héréditaire ; mais par souvenir de l'ancienne intransmissibilité, il était censé revenir au suzerain à chaque mutation, et l'héritier du vassal devait, pour en être saisi, en recevoir lui-même l'investiture moyennant

[1] V. Behrend : *Anevang und Erbengewere*, p. 36.

[2] Je ne cite que pour mémoire la théorie de M. Renaud de Berne qui croit voir la saisine dans les solennités qui entouraient la transmission de la propriété à l'époque franque, et dont était dispensée la transmission héréditaire pour éviter toute interruption dans l'accomplissement des obligations sociales imposées à la propriété. Rien n'est plus inexact : les formes solennelles exigées dans les transmissions entre vifs étaient destinées à donner aux conventions force obligatoire : ces formes symboliques existaient à Rome, où pourtant la saisine était inconnue ; par conséquent leur absence dans les transmissions par décès ne constituait pas plus la saisine héréditaire au profit de l'héritier, que leur accomplissement dans les transmissions entre vifs ne rendait l'acquéreur saisi de la possession des biens aliénés.

Digitized by Google

la prestation de la foi et de l'hommage et le paiement d'un droit de relief, dépendant d'abord du bon plaisir du seigneur, puis consistant dans une année de revenu du fief payable en nature ou en argent, et représentant la perte pour le suzerain de la vassalité personnelle du concessionnaire.

La même obligation d'investiture était imposée en cas de transmission par décès des censives : l'héritier, pour obtenir l'ensaisinement, devait payer au seigneur un droit de saisine, égal généralement au double du cens, lequel était de un ou deux sols par arpent.

Les alleux, à l'inverse des fiefs et des censives, ne relevaient d'aucún seigneur, si ce n'est au point de vue de la justice, à l'égard de laquelle ils étaient soumis à la juridiction royale ou à celle du seigneur, sur le territoire de qui ils étaient situés. Par leur nature, les alleux devaient se transmettre librement, sans qu'il y eût lieu de demander l'investiture à qui que ce fût : cependant par suite des progrès de la féodalité, ils y furent peu à peu contraints ; l'héritier de l'alleutier devait en pareil cas recevoir l'ensaisinement du seigneur justicier.

Quant aux meubles, ils étaient eux aussi en principe hors de la hiérarchie féodale : en effet le vassal n'en avait pas reçu concession de la part du seigneur ; les meubles lui étaient advenus par des causes de profit ou de transmission purement personnelles : par conséquent l'investiture (qui provenait de l'ancienne personnalité des concessions) et le relief (qui en était le prix) n'avaient pas de raison d'être pour ces sortes de biens non concédés par un suzerain. La féodalité néanmoins, à l'époque où sa puissance pénétrait toutes les institutions, imposa même en cette matière l'obligation de l'investiture moyennant finances.

Tel était dans ses grandes lignes le système féodal en ce qui concerne les transmissions de biens par décès : l'héritier n'était pas saisi de plein droit ; pour avoir la saisine du patrimoine héréditaire, il devait se faire ensaisiner par le seigneur ou la justice et payer une redevance appelée droit de relief, de rachat ou de saisine. Vers le XIIIe siècle le principe contraire commença à se faire jour pour trouver sa consécration dans la maxime célèbre : « *le mort saisit le vif;* » nous devons rechercher sous quelles

Digitized by Google

influences le principe nouveau prit naissance, à quels besoins il répondait, et pourquoi il revêtit la forme étrange sous laquelle il est parvenu jusqu'à nous?

12. Jusqu'à aujourd'hui on se contentait presque généralement de reproduire l'explication, méritoire à coup sûr, mais incomplète, que donnait de Laurière au XVIIIe siècle (sur Loysel, livre II, titre V, règle 1). La maxime « *le mort saisit le vif* » aurait dû son origine à une réaction contre la fiscalité féodale. Les droits de relief et de saisine parurent odieux; il semblait inadmissible que l'héritier qui continuait la personne du défunt, que le fils qui représentait son père ne pût pas être mis complétement en son lieu et place quant à la jouissance des biens héréditaires, ou du moins qu'il ne pût l'être qu'en payant une redevance que rien ne justifiait. D'autre part, il était de principe dans notre ancien droit qu' « *institution d'héritier n'a pas de lieu* », Dieu seul pouvant faire un héritier: or n'était-ce pas aller contre cette règle que de supposer que le défunt remettait en mourant la possession de ses biens à son seigneur? N'y avait-il pas là une institution tacite d'héritier? Et n'était-il pas plus exact et plus juridique de réputer la possession héréditaire remise par le défunt entre les mains de l'héritier, descendant en outre, que la nature et Dieu lui avaient donné? Ce principe nouveau, prêché par les légistes ennemis nés de la féodalité, entraînait comme conséquence la suppression des droits de relief et de saisine: pourquoi en effet payer au seigneur une redevance pour une saisine qu'il ne donne pas, et qu'on a par sa seule qualité d'héritier en vertu du droit naturel? Tel aurait été le but et la cause de la maxime coutumière, dont la fortune fut si grande qu'elle se répandit rapidement partout, en France, en Allemagne, en Italie, en Espagne, et qu'on pouvait la considérer comme consacrée « *per consuetudinem terræ* ». Son triomphe ne se fit pourtant pas d'un seul coup, tant était solide le vieil édifice féodal : admise sans peine pour les meubles, les alleux et les censives, elle ne pût s'imposer complétement en matière de fiefs ; au XIVe siècle, Jean Desmares nous apprend que plusieurs coutumes exigeaient l'ensaisinement de l'héritier par le seigneur (Jean Desmares, décision 234) ; et même au temps de Dumoulin (XVIe siècle), où l'empire de la

Digitized by Google

maxime était général, la saisine n'était accordée qu'aux héritiers en ligne directe par certaines rares coutumes, comme celle de Bretagne.

13. On a objecté au système de l'origine coutumière qu'il est inadmissible que la règle « le mort saisit le vif » ait prit naissance à une époque où la féodalité était toute puissante : l'organisation féodale était alors trop forte pour céder devant une innovation aussi radicale que celle attribuée par de Laurière à nos anciens légistes. Ce système, ajoute-t-on, serait peut-être vraisemblable si la maxime coutumière fût apparue deux siècles plus tard, au déclin de la féodalité; mais son apparition au XIIIe siècle, c'est-à-dire à l'apogée du régime féodal, ne peut s'expliquer que par la persistance d'une tradition antique remontant aux Romains ou aux Germains, et qui, survivant aux révolutions sociales ou politiques, aurait fini par avoir sa physionomie propre et un nom juridique particulier.

Cette objection n'est pas concluante, à mon sens. Qu'on trouve dans la saisine héréditaire une règle nouvelle du droit coutumier, qu'on y trouve au contraire une institution barbare ou byzantine, on arrivera toujours à ce résultat que la maxime « le mort saisit le vif », a fait son apparition au XIIIe siècle, c'est-à-dire en pleine féodalité, nous dit-on. Pourquoi serait-il plus facile d'admettre le réveil à cette époque d'une institution ancienne, que d'admettre la naissance à cette même époque d'une institution nouvelle, alors que cette institution, récente ou antique, est en contradiction flagrante avec les règles alors en vigueur? Pourquoi la féodalité se serait-elle plus volontiers soumise à une résurrection qu'à une innovation? D'ailleurs l'organisation féodale du XIIIe siècle n'était pas aussi réfractaire qu'on veut le dire à toute innovation : depuis un siècle déjà, la féodalité est attaquée dans toutes ses prérogatives, soit par le roi, qui attire à lui certains privilège féodaux, soit par le puissant mouvement communal : la vérité, c'est qu'au XIIIe siècle la féodalité n'est plus à son apogée; quoi d'étonnant dès lors à ce que sur le terrain du droit privé la lutte se fût ouverte aussi entre la féodalité et les légistes, et que ceux-ci aient pu faire triompher presque partout notre maxime, quand partout la féodalité faisait des concessions à ses

Digitized by Google

adversaires? Et puis, il faudrait avant tout, pour présenter la règle « le mort saisit le vif » comme le terme final d'une tradition persistante, en trouver la trace dans les institutions anciennes auxquelles on la rattache; et c'est en vain que nous avons cherché la saisine héréditaire chez les Germains ou dans la Rome byzantine.

14. Une objection beaucoup plus forte et aussi plus exacte à l'égard de la théorie, qui ne voit dans la maxime qu'un moyen antifiscal dirigé contre la rapacité féodale, a été dernièrement formulée par M. Marcel Planiol, dans son travail que nous avons déjà analysé en partie. Nous n'avons pas accepté ses conclusions sur l'origine de la saisine héréditaire, mais nous acceptons du moins pour partie les objections qu'il fait à l'explication courante copiée sur de Laurière.

« Si la maxime « *le mort saisit le vif* », dit M. Planiol, avait « réellement eu pour but d'affranchir les héritiers du paiement « du droit de relief, il y aurait correspondance entre la saisine et « la dispense de rachat : les héritiers saisis devraient être « exemptés de cet impôt, et ceux qui s'y trouvent soumis devraient « être privés de la saisine. » Or, que nous disent les textes? L'art. 33 de la coutume de Paris nous apprend que : « En toutes mutations de fief est dû droit de rachat ou de relief, fors et excepté pour... et pour celles qui se font par succession et donation en ligne directe »; donc la dispense ne profitait pas aux héritiers en ligne collatérale, quoiqu'ils fussent saisis comme ceux de la ligne directe, puisque l'art. 318 de la même coutume accordait la saisine à tous les héritiers légitimes, sans distinguer la ligne collatérale de la ligne directe. Bien plus, la coutume de Bretagne (art. 538 et 540) n'accordait la saisine qu'à la ligne directe, et néanmoins le relief était dû aussi bien par les collatéraux non saisis que par les héritiers en ligne directe saisis (art. 67, 70 et 71). A quoi donc aurait servi l'introduction de la saisine, si son but avait été de dispenser les héritiers de l'obligation du rachat? Elle eût été bien inutile aux collatéraux, à qui elle aurait été ainsi accordée en pure perte.

Jusqu'ici je suis d'accord avec M. Planiol; mais je me sépare de lui quand il pose en forme de conclusion cette double proposi-

Digitized by Google

tion : « 1° le profit féodal connu sous le nom de relief ou de rachat n'a pas son origine dans l'obligation imposée à l'héritier d'obtenir l'investiture du seigneur ; il se rattache à l'institution du bail ; 2° la saisine accordée de plein droit aux héritiers n'a pas pour but de les dispenser du rachat : son origine est bien plus ancienne que le rachat lui-même ; elle dérive du droit romain et n'a rien de commun avec les institutions féodales. »

15. J'ai combattu plus haut la seconde proposition ; expliquons-nous de suite sur la première. Le droit de rachat ou de relief, dit le savant professeur, n'aurait pas eu comme cause la nécessité pour les héritiers d'obtenir l'ensaisinement du seigneur après la mort du vassal ; il aurait été simplement l'indemnité payée sous forme d'abonnement pour enlever au seigneur le bail du fief échu à un héritier mineur.

A lire l'étude de M. Planiol, il semble qu'il n'y ait eu dans notre ancien droit de rachat qu'en matière de bail seigneurial : si cela était, on pourrait soutenir que ces deux institutions sont liées l'une à l'autre, et que le rachat a son origine dans le bail. Si, au contraire, nous montrons le rachat existant dans d'autres cas que celui du bail seigneurial, lié à d'autres institutions, notamment à l'investiture des fiefs et à l'ensaisinement des censives, ne serons-nous pas à même de conclure que, de même que le bail seigneurial a engendré une sorte de rachat, de même l'investiture et l'ensaisinement ont donné naissance à une autre sorte de rachat, et d'admettre que plusieurs droits de rachat, sans rapports entre eux, ont coexisté dans notre ancien droit ?

A l'époque féodale, quand un vassal mourait, l'héritier, pour avoir la saisine du fief, devait demander l'investiture au seigneur. A tort ou à raison, on considéra la perte de la *personne* du vassal comme causant un préjudice au seigneur : cela se comprenait au temps de la personnalité des fiefs, et cette façon de voir subsista même à l'époque où les fiefs furent devenus héréditaires. Aussi le seigneur se fit-il payer à titre d'indemnité, par l'héritier, une prestation pécuniaire appelée *profits*, *rachat* ou *relief*, et qui fut le prix de l'investiture. « Et si c'est un fief noble, dit le « *Grand Coutumier* (II, 25), saisine de droict ne autre n'est ac- « quise sans foy, car le seigneur direct est avant saisi ; mais par

Digitized by Google

« faire hommage et par *relief*, le seigneur doit saisir l'héritier, « et la raison si est : car le seigneur féodal a la seigneurie « directe à laquelle la profictable est adoncques conjoincte et « annexée par la mort du vassal. » Un autre passage plus explicite encore du même ouvrage nous apprend « que par la « mort du vassal le fief chet et gist par telle manière qu'il ne « peut être possédé ne par le seigneur, ne par l'héritier, fors « quand il est relevé par le seigneur direct; et de ce relief que « le seigneur fait à l'héritier en le prenant et laissant en sa foy, « il a le droit qui est appelé relief, que l'on dit aucunes foys « rachat. » Hévin reproduit la même idée dans ses écrits. Pothier nous enseigne au XVIIIe siècle encore que le rachat est dû régulièrement à toutes les mutations du fief servant (*Traité des fiefs*, IIe partie, ch. Ier, section I, règle I), et plus loin (section II), étudiant les « différentes espèces de mutations qui donnent lieu au profit de rachat », il consacre plusieurs pages au seul cas « de la mutation par décès ». D'ailleurs, en Bretagne même, où M. Planiol place l'origine du rachat de bail, le droit de relief est considéré comme le prix d'une investiture au profit de l'héritier : voici ce que nous dit à ce sujet Poulain du Parcq (*Coutumes générales du pays et du duché de Bretagne*, t. Ier, p. 280, édit. de 1745) : « Le rachat ailleurs appelé relief est le prix d'une nouvelle investiture; le fief est de son origine un simple viage, lequel *morte vassali decidit, nisi ab ejus herede recipiatur seu relevetur; relevium est quod solvitur a novo vassalo introïtus causa et vice honorarii*, qui n'est dû que par celui qui entre en possession ».

Ainsi notre ancienne législation proclamait le droit pour le seigneur de se faire payer par un profit de rachat l'investiture qu'il accordait à l'héritier du vassal décédé. Nous verrons plus loin les restrictions apportées peu à peu à ce droit; la formalité de l'investiture disparaîtra; les profits, la foi et l'hommage resteront comme derniers vestiges de la concession faite à l'héritier; les profits mêmes cesseront d'être dûs dans certains cas. Mais à l'origine ils sont le prix de l'ensaisinement accordé par le seigneur à l'héritier.

Le droit de rachat, si donc il est lié au bail seigneurial, n'en est pas moins lié aussi aux mutations de fiefs par suite du décès

Digitized by Google

du vassal, et à la concession nouvelle accordée à l'héritier : en d'autres termes, notre ancien droit nous révèle un double droit de rachat correspondant chacun à une double institution. Et puis, que de différences entre le rachat du bail et le rachat de l'investiture! Le premier apparaît en 1215, d'après M. Planiol, tandis que le second remonte sans doute au XIe siècle et se rencontre certainement au XIIe siècle [1]. En second lieu, le rachat du bail n'est dû qu'au cas où l'héritier est mineur; le rachat de l'investiture, au contraire, est exigé même de l'héritier majeur. D'autre part, le rachat du bail était payé par les collatéraux seuls [2], rarement par les père et mère du mineur; le relief pour investiture incombait à l'origine à *tous* les héritiers, sans distinction de ligne ou de degré [3]. Ne voyons-nous pas encore le rachat du bail consister dans une année de revenu du fief, alors que le rachat pour investiture n'était pas déterminé à l'origine et dépendait seulement du gré du seigneur? Enfin, en matière de censives, nous rencontrons la formalité d'ensaisinement au profit de l'héritier, qui doit payer en échange la redevance connue sous les noms de droit de saisine ou double cens : tout cela disparut de bonne heure, mais on trouve souvent la trace de cette double obligation imposée à l'héritier d'un bien roturier jusqu'au XVIIIe siècle, où la coutume d'Orléans nous montre des censives à droits de *relevoisons à plaisir*, dûs pour toutes mutations, même par succession; or les biens roturiers n'étaient pas soumis au bail seigneurial, « en vilenage n'a point de bail »; ils ne faisaient l'objet que d'une administration comptable ne donnant au gardien aucun droit sur les revenus de l'héritage : s'il n'y avait pas de bail seigneurial des censives, il ne devrait pas y avoir de rachat de censives, en admettant la théorie qui rattache ce profit au droit de bail; pourquoi alors le droit de cens et de relevoisons?

[1] Cf. Beaune, *La condition des biens*, 1886, p. 208.

[2] « Dominus autem non habet rachatum de patre ad filium, nec de patre « ad fratrem, et omnes alii qui tenent ballum debent homagium domino et « debent solvere rachatum, » dit une déclaration de Saint-Louis faite à Orléans en 1246, et citée par M. Planiol.

[3] Grand coutumier (II, 25).

Digitized by Google

De tout ce qui précède il résulte que de même qu'il y avait un droit de rachat du bail seigneurial, de même il y avait lieu à rachat quand la succession d'un bien noble ou d'un héritage roturier s'ouvrait, et cela aussi bien à l'égard des héritiers en ligne directe que des héritiers en ligne collatérale : la coutume de Bretagne a conservé la trace de cette obligation absolue. Nous pouvons donc conclure en disant que le profit de relief ou de rachat était corrélatif à l'obligation imposée à l'héritier d'obtenir l'investiture du seigneur ou de justice.

16. Mais alors reste le raisonnement exact de M. Planiol : si la saisine (ou dispense légale d'investiture par le seigneur) a été instituée pour soustraire les héritiers à l'obligation de payer les profits de relief attachés à la formalité d'investiture, pourquoi cette obligation subsistait-t-elle à l'égard de certains héritiers, qui étaient néanmoins saisis en vertu de la maxime coutumière ? Cette objection est décisive contre ceux qui ne voient dans la règle « le mort saisit le vif » qu'une arme de guerre contre la fiscalité féodale : il faut donc expliquer autrement l'apparition du principe nouveau de la saisine héréditaire.

17. Autrefois comme aujourd'hui, l'héritier était le représentant, le continuateur naturel de la personne du défunt; on le considérait si bien comme tel que notre ancien droit avait cru pouvoir dire « *solus Deus heredem facere potest, non homo.* » L'héritier, en la personne de qui le défunt se perpétue pour ainsi dire, devait à ce titre se trouver dans la même situation et jouir des mêmes droits que son auteur : en ne le considérant comme saisi des biens de la succession qu'après l'investiture ou l'ensaisinement par le seigneur, il se trouvait au point de vue possessoire dans une situation inférieure à celle du *de cujus*. Si au contraire on le regardait comme succédant de plein droit et sans formalités au défunt, il pourrait notamment joindre sa possession à celle de son auteur dès l'instant du décès sans avoir recours à un principe quelconque de rétroactivité, ou même la compléter pour en tirer tous avantages que de droit; il pourrait en outre, quoique n'ayant pas encore la possession de fait, jouir des droits qu'elle confère et exercer l'action en complainte.

Voilà l'idée-mère qui a présidé à la naissance de la maxime

Digitized by Google

« le mort saisit le vif », et l'intérêt purement civil qui en a favorisé le développement : il fallait que l'héritier fût considéré comme possesseur vis-à-vis des tiers qui détenaient la succession. Si l'on interroge les anciens textes, cette explication est pleinement confirmée par leur examen.

En effet, la décision 235 de Jean Desmares nous dit : « La coutume que le mort saisit le vif son hoir, n'a pas lieu tant que à ce qui touche le seigneur; car le fils n'est saisi ni possesseur du fief, son feu père, jusque tant qu'il en soit en foy et en hommage ou souffrance du seignenr du fief, mais bien au regard des autres que du seigneur, et pourrait intenter cas de nouvelleté contre les autres... jasoit qu'il n'en fût en foy. »

De même encore le Grand Coutumier (livre II), dans deux passages qui se complètent l'un l'autre, nous montre l'héritier saisi, sauf à l'égard du seigneur, ce qui indique bien que la saisine n'avait d'effets qu'à l'égard des tiers. « En titre de succession, le hoir se peut dire incontinent après la mort de son prédécesseur en possession et saisine des biens du trépassé, dont il se dit hoir, *quia saisina defuncti descendit in vivum*, et si momentairement et avant l'an et jour de saisine, il se apparent aucuns opposans ou empeschans, iceluy peut contre eux intenter ledit libelle et soy aider de la saisine à cause de la saisine de son prédécesseur et devancier; » puis voici la limitation de cette règle aux rapports de l'héritier avec les tiers : « et si c'est un fief noble, saisine de droit ne autre n'est acquise sans foy, car le seigneur direct est avant saisi, mais par faire hommage et par relief le seigneur doit saisir l'héritier, et la raison si est : car le seigneur féodal a la seigneurie directe à laquelle la profictable est adoncques conjoincte et annexée par la mort du vassal. »

Enfin un arrêt du parlement de Paris de 1259 (Olim, I, 452, n° 16) est encore plus explicite, car il statue sur un procès entre l'héritier et un tiers dans un intérêt d'ordre purement privé : « Contencio erat inter dominum Imbertum de Pratellis, militem, « ex una parte, et dominum Gaufridum de Dongenio ex altera, su- « per eo quod idem Imbertus petebat cujusdam terre que uxori sue « obvenerat, ex morte sororis sue que fuerat uxor dicti Gaufridi, « et hanc saisinam petebat tanquam proximior heres, et de hac

Digitized by Google

« terra finaverat cum domino feodali, et ei exinde facerat homa-
« gium, maxime cum per consuetudinem terre mortuus debebat
« vivum saisire. Prefatus Gaufridus dicebat quod uxor sua pre-
« dicta ipsam terram de qua agitur, donavit et legavit eidem, et
« de ipsa fuit in possessione per plures annos post mortem uxo-
« ris sue predicte : propter quod petebat sibi restitui saisinam
« suam, quam ballivus Bituricensis sibi abstulerat de novo : cum
« certum sit quod idem Imbertus sit proximior heres, ratione
« uxoris sue, non obstante exceptione quam idem Gaufridus pro-
« ponit de dono sibi facto, idem Imbertus habebit saisinam, et de
« proprietate fiat jus coram domino feodali. »

Ces divers textes nous montrent bien que la saisine était donnée à l'héritier dans un but d'ordre civil, pour le protéger contre les tiers et non contre le seigneur : telle fut la cause première qui a donné naissance à la maxime coutumière, car c'est la seule que nous révèlent les plus anciens documents.

18. Le triomphe de la règle nouvelle n'eut pas lieu partout d'un seul coup : Jean Desmares nous le dit lui-même dans sa décision 234. En ce qui concerne les alleux, il fut admis sans doute facilement que l'héritier serait saisi de plein droit au jour du décès, car la formalité d'investiture était contraire à leur nature d'héritages libres; de même à l'égard des meubles, la maxime nouvelle fit disparaître ce que la féodalité avait introduit d'anormal et d'irrégulier dans leur condition. Puis la réaction s'étendit aux terres féodales elles-mêmes, et d'abord aux censives, qui étaient des tenures viles, à l'égard desquelles le seigneur, uni au censitaire *propter rem* et non par un lien personnel, se montra peu jaloux de ses prérogatives. Quant aux fiefs, le vassal était lié au seigneur par des rapports personnels, qui ne pouvaient en principe passer aux héritiers, et qui devaient se renouveler pour chaque vassal nouveau : pour ce motif, l'obligation de l'investiture devait disparaître moins facilement; la maxime coutumière finit néanmoins par prévaloir : les coutumes de Bretagne et de Valenciennes (titre 9, art. 91) refusant seules la saisine aux héritiers collatéraux, qui doivent s'adresser à la justice, nous montrent les rares vestiges de la lutte qu'eut à soutenir le principe nouveau pour s'imposer.

Digitized by Google

Ainsi grâce à la maxime « la mort saisit le vif », l'héritier n'a plus besoin de recevoir l'investiture ou l'ensaisissement pour se défendre contre les tiers détenteurs? ces formalités ont disparu. Mais à l'égard du seigneur, l'héritier n'est saisi qu'en lui rendant foi et hommage et en lui payant le droit de relief ou rachat : il est protégé contre les tiers, non contre le seigneur.

19. Or les droits de rachat étant le prix de l'investiture, comme nous l'avons vu plus haut, la disparition de cette formalité aurait dû logiquement entraîner la disparition de ces redevances. Je suis très porté à croire que cette conséquence n'a pas échappé aux légistes, et que ceux-ci ont dû de bonne heure entamer sur ce terrain nouveau la lutte avec la fiscalité féodale. Ce ne fut pas la cause créatrice de la maxime « la mort saisit le vif » ; ce fut plutôt un effet qu'on lui fit produire, en lui découvrant après coup une utilité nouvelle. Dès lors rien de plus facile à expliquer que la persistance de l'obligation de payer les redevances par certains héritiers jouissant néanmoins de la saisine. La saisine héréditaire a été inventée au profit des héritiers dans un intérêt purement privé : les seigneurs ont renoncé facilement à leur privilège d'investiture (affirmatif d'une suzeraineté qui, grâce aux obligations de foi et d'hommage, pesait toujours sur le vassal) parce qu'il s'agissait de protéger l'héritier contre les tiers : mais quand on va poursuivre la suppression des droits de relief, quand il s'agira de protéger l'héritier contre le seigneur lui-même, alors celui-ci va se montrer moins conciliant; il offrira plus de résistance : il avait bien voulu abandonner son droit honorifique d'investiture, il s'efforcera de retenir son droit lucratif de rachat.

En matière de meubles et d'alleux, l'obligation de payer une redevance dût disparaître sans peine, par les motifs que nous avons indiqués. Quant aux censives, les seigneurs renoncèrent facilement au droit de saisine, parce qu'il était peu élevé (le double du cens) et que ce n'était pas pour eux une source de richesse : ces profits ne subsistent plus qu'à titre tout exceptionnel, sous les noms de droits de relevoisons à plaisir à Orléans (art. 126), droit de marciage (coutumes de Verneuil et Billy en Bourbonnais, art. 588). En ce qui concerne les fiefs, la résis-

Digitized by Google

tance des seigneurs fut plus opiniâtre tant à cause du lien personnel qui les unissait au vassal, qu'à cause de l'importance du droit de relief, source d'un profit considérable pour eux. C'est ce qui explique la diversité des coutumes sur ce point, les unes exigeant le relief de tous les héritiers [1], les autres n'en chargeant que les collatéraux [2], ou seulement les collatéraux autres que les frères et sœurs [3]. Les capitulations des seigneurs durent avoir lieu, soit à la suite des luttes violentes, comme cela se produisit en Bretagne pour le rachat du bail, soit par des arrangements amiables et des transactions, dont nous avons quelques exemples [4].

En résumé, la cause originaire de la maxime « le mort saisit le vif », ce fut de rendre l'héritier possesseur de plein droit à l'encontre des tiers détenteurs de la succession : pour protéger l'héritier dans cette mesure, les seigneurs renoncèrent facilement à leur droit honorifique d'investiture. Mais quand, pour protéger l'héritier contre eux-mêmes, on leur demanda de renoncer aussi à leurs profits lucratifs de relief ou de rachat, ils refusèrent : de là une lutte dont l'issue varia suivant leur résistance plus ou moins opiniâtre. Il ne faut donc pas confondre la cause génératrice de la maxime coutumière avec la conséquence

[1] Coutumes de Bretagne, de Lodunois, du Vexin français, de Pontoise.

[2] Paris, (art. 3, 4, 33). — Melun, (ch. 4, art. 52). — Sens, (titre 19, art. 192). — Calais, (titre 2, art. 12). — Senlis, (titre 7, art. 156). — Clermont, (titre 8, art. 73). — Valois, (titre 4, art. 33). — Troyes, (titre 3, art. 25). — Chaumont, (titre 2, art. 25). — Vitry, (titre 3, art. 29). — Laon, (titre 16, art. 157). — Châlons, (titre 20, art. 166). — Reims, (titre 3, art. 70). — Mantes, (ch. 1, art. 6). — Berry, (titre 5, art. 12) etc...

[3] Tours, (titre 15, art. 133).

[4] Ainsi par adoucissement au principe de la coutume de Bretagne un arrêt du 13 décembre 1638 cité par Poullain du Parcq (*Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, tome IV, n° 4) accorda la saisine aux frères et sœurs parmi les collatéraux. De même le droit d'essongue fut aboli dans la coutume de Reims du consentement des Etats de la province (Cf. *Conférence des coutumes*, édit. 1596, page 321 verso note k). De même encore la coutume de Mantes dispensa les héritiers directs du paiement du droit de relief sur l'initiative du procureur du Roi avec l'assentiment des Etats, même de la noblesse, contre l'avis isolé de Jean Badolet, prieur du couvent des Célestins près Mantes.

Digitized by Google

qu'on voulut lui faire produire après coup; et cette distinction explique que le droit breton, qui accordait le bénéfice de la saisine aux héritiers en ligne directe, refusât à ces mêmes héritiers la libération des profits de relief, et que la coutume de Paris avec la majorité des autres coutumes, tout en déclarant saisis les héritiers de la ligne directe aussi bien que ceux de la ligne collatérale, ne dispensât des droits que la ligne directe, à l'égard de laquelle les profits semblaient particulièrement odieux, et les laissât subsister à l'égard des collatéraux moins dignes d'intérêt. Voilà, à mon avis, comment il faut expliquer cet illogisme qui faisait que l'obligation de payer les droits de relief subsistait à l'égard de certains héritiers saisis : la persistance de cette obligation enrichissait le seigneur [1], et la saisine accordée de plein droit à l'héritier le protégeait contre les tiers détenteurs de la sucession.

20. Nous avons indiqué quelle était, selon nous, l'origine de la saisine héréditaire. Une dernière question doit se poser : Comment expliquer la forme revêtue par la maxime coutumière? Comment se fait-il que ce soit le mort qui soit censé saisir l'héritier? Pourquoi l'héritier n'est-il pas saisi par la coutume elle-même, ce qui à première vue paraît moins étrange, et est au fond la réalité?

La formule s'explique par le caractère de l'institution qu'elle était destinée à combattre. A l'origine, toute transmission de biens entre vifs ou par succession entraînait un ensaisinement; quand une personne mourait, elle était censée remettre ses biens au sei-

[1] Il ne faut pas objecter que la campagne dirigée contre le fiscalité féodale par les légistes, aurait dû, si elle avait eu lieu comme nous le disons, entrainer aussi la suppression des droits de gants et de chambellage dûs par l'héritier au seigneur. D'une part ces droits étaient généralement peu élevés (deux deniers parisis pour le droit de gants; de cinq à vingt sols en principe et soixante sols par exception dans le Hainaut pour le droit de chambellage); on a donc pu très bien ne pas s'en préoccuper à raison de leur modicité. D'autre part, ces droits étaient liés à la formalité de foi et d'hommage : celle-ci subsistant malgré la disparition de l'investiture, les droits qui s'y rattachaient devaient subsister aussi; au contraire, les profits de relief étaient la conséquence de l'investiture (ou de l'ensaisinement) et devaient par suite disparaître logiquement avec elle.

Digitized by Google

gneur, qui en investissait ensuite l'héritier; la transmission héréditaire était donc dominée par cette fiction, que le bien passait du défunt au seigneur. Quand la théorie nouvelle se fit jour, le but était de supprimer, dans cette suite de transmissions, la personne du seigneur, pour ne laisser en présence que celle du défunt et celle de l'héritier; il était donc naturel de conserver la fiction à laquelle on était habitué, mais de l'appliquer aux seules personnes restant en présence, de sorte que le défunt continuait bien à être censé se dessaisir de ses biens à son décès; mais, au lieu que ce dessaisissement fût censé se faire au profit du seigneur, il fut censé se produire directement, au profit de l'héritier.

On était d'ailleurs encouragé, dans cette manière de voir, par ce qui se passait en matière d'exécution testamentaire : le défunt pouvait, en effet, conférer par son testament, la saisine à un tiers chargé d'exécuter ses dernières volontés; cette saisine spéciale émanait alors du défunt lui-même (Jean Desmares, décisions 68 et 69), et la fiction contenue dans la maxime coutumière ne faisait que suivre cet exemple du mort ensaisinant directement une personne vivante.

Malgré la formule de la maxime, la saisine n'en était pas moins légale, puisqu'elle existait au profit de l'héritier, alors même que le défunt était insensé, et n'avait par conséquent pas pu avoir la volonté de saisir son hoir. Aussi notre Code civil a-t-il bien fait de se débarrasser de la forme subtile de l'ancienne règle coutumière, et de faire de la saisine héréditaire, qu'il lui a empruntée avec raison, une saisine franchement légale.

MAURICE DUFOURMANTELLE.

BIBLIOGRAPHIE.

Manuel théorique et pratique du juge d'instruction [1],
Par M. Pierre SARRAUTE, président du tribunal de Villeneuve-sur-Lot.

Compte rendu par M. Joseph BRESSOLLES,
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse,

« Le temps n'est plus aux longues dissertations, si brillantes

[1] 1 vol. in-8, Haris.

Digitized by Google

« qu'elles soient; on veut arriver vite au but, et j'estime que l'on « n'a point tort. La méthode, que j'appellerai de la sobriété et « de la condensation, a été excellemment appliquée à l'examen « du Code civil, dans un ouvrage qui a conquis une autorité que « nul autre ne dépasse: pourquoi ne l'appliquerait-on pas à la « procédure civile, où elle paraît être plus particulièrement à sa « place? En tout cas, c'est une école dont je me proclame bien « haut le disciple... »

Ces lignes, placées par un éminent magistrat de la Cour suprême, en tête de son savant traité *de l'Appel*, me sont revenues en mémoire à la lecture de l'ouvrage de M. Sarraute.

L'auteur est bien connu des lecteurs de la *Revue;* ils le savent travailleur infatigable et chercheur intelligent. Ses études sur la législation italienne jouissent d'une légitime autorité, et les comptes-rendus bibliographiques signés de son nom sont aussi judicieux que bienveillants. Le nouvel ouvrage qu'il vient de faire paraître n'est pas pour diminuer l'estime en laquelle tous ceux qui connaissent M. Sarraute le tiennent déjà. L'événement l'a prouvé. Depuis cette publication, il a été mis à la tête d'un tribunal important, et l'Académie de législation lui a décerné le titre de membre correspondant. Celui qui écrit ces lignes voulait, depuis longtemps déjà, parler ici du *Manuel du juge d'instruction;* il est tenté de moins regretter ses retards, puisqu'il peut constater les succès de l'auteur et lui offrir publiquement ses félicitations.

Comme je le disais au début de cet article, M. Sarraute a volontairement négligé tout développement, toute dissertation; une seule fois, à propos d'une question qui a donné lieu à un arrêt tout récent de la Chambre criminelle [2], il a cru devoir déroger à cette règle. Les résultats seuls nous sont présentés, et c'est ainsi que son ouvrage se distingue, tout d'abord, de ceux antérieurement écrits sur le même sujet. Sous un mince volume, nous trouvons en action la procédure criminelle dans son entier; à la suite des textes on a l'interprétation donnée par la dernière jurisprudence, les circulaires de la chancellerie, les formules d'actes, les états de frais; enfin le livre se termine par une série de cinq tables, destinées à faciliter les recherches, mais qui per-

[2] V. *Rev. crit.*, 1890, nouv. série, t. XIX, p. 94.

Digitized by Google

mettent en outre d'apprécier l'étendue de l'œuvre et sa réelle importance. Le membre de la Société de législation comparée se retrouve dans des comparaisons pleines d'intérêt, où les lois étrangères sont rapprochées des nôtres, surtout quand il s'agit d'une disposition sujette à critique. Peu d'ouvrages sont aussi complets, aussi utiles. Que de recherches il suppose! Que de recherches il évite!

A titre d'exemple, je citerai l'énumération de toutes les infractions prévues, avec l'indication des textes; à propos de la liberté provisoire, la liste de tous les délits entraînant un emprisonnement inférieur à deux années, et admettant par suite la liberté provisoire de plein droit. La compétence du juge d'instruction, à raison du délit, est l'occasion des distinctions les plus délicates. Les divers actes d'instruction sont successivement étudiés, jusqu'aux ordonnances qui clôturent la procédure et aux voies de recours dont elles peuvent être l'objet. Néanmoins en ce qui touche la saisine du juge, l'auteur n'a peut-être pas suffisamment mis en lumière le droit qu'a la partie civile d'obliger le juge d'instruction à ouvrir une procédure. S'il partage l'opinion qui veut dans tous les cas une réquisition du ministère public, il y avait peut-être lieu de dire que la jurisprudence est généralement contraire.

M. Sarraute se plaint de la contrainte que lui ont imposée les nécessités de la pratique; désireux avant tout de faire œuvre utile, il a dû, nous dit-il, sacrifier bien des aperçus philosophiques sur la portée morale des témoignages et des autres moyens de preuve, sur les fondements de la persuasion positive, etc. La privation n'est pas pour l'auteur seul : ses lecteurs, et spécialement les jeunes, j'allais dire les trop jeunes magistrats chargés de l'instruction eussent trouvé grand profit à quelques indications, succinctes si l'on veut, mais capables de leur donner une direction dans l'exercice de leurs redoutables fonctions. L'auteur s'est montré trop rigoureux observateur de son programme, je le regrette sachant l'élévation de son esprit. Il a également cru devoir nous taire son opinion sur l'opportunité de rétablir la Chambre du conseil, sur les avantages ou les inconvénients que peut offrir la délégation de l'instruction à des juges suppléants, sur la répartition du service faite par le parquet entre les divers juges d'instruction, sur le rôle des défenseurs pendant l'instruc-

Digitized by Google

tion. Ce sont là des questions faisant l'objet de discussions et actuellement soumises au Parlement. Je m'attendais à les trouver prévues dans un ouvrage à la fois *théorique* et pratique : je suis certain que M. Sarraute a sur elles des idées arrêtées et fort sages. Pourquoi nous les dérober?

L'expression de ces regrets ne diminue en rien les éloges bien mérités que j'ai formulés sur le *Manuel du juge d'instruction.* On ne prête qu'aux riches, dit-on; c'est aux riches seuls qu'on est tenté de reprocher de n'avoir pas fait part de tous leurs biens. M. Sarraute est en fonds, je le sais : avec lui on peut se montrer exigeant. JOSEPH BRESSOLLES.

Traité théorique et pratique des travaux publics,

Par M. Albert CHRISTOPHLE et Paul AUGER.

2e édition [1].

Compte rendu par M. Antoine FAURE, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

Depuis cinquante ans au moins, les travaux destinés à l'embellissement ou à l'utilité du pays ont pris, en France, un essor prodigieux. Le développement des voies de communication a été considérable et a fait naître des entreprises nombreuses et importantes. Et cependant la législation sur la matière est plus qu'imparfaite; on pourrait peut-être même dire qu'elle n'existe pas et que l'administration, à la fois juge et partie, amenée souvent à combler les lacunes de la loi, « la supplée et même la remplace ». Quelques textes épars, et un nombre considérable de décisions du Conseil d'Etat motivées avec un laconisme tel qu'il est difficile d'en tirer une doctrine ou un principe, voilà, pour le contentieux des travaux publics, les seules sources où il faut puiser la règle et le droit; aussi ne doit-on pas s'étonner que les litiges soient nombreux et que le jurisconsulte appelé, soit à les prévenir, soit à les terminer, ait besoin d'un guide sûr pour se diriger à travers ce dédale de décisions souvent contradictoires. A ce titre, nous croyons pouvoir recommander spécialement le *Traité théorique et pratique des travaux publics* dont M. Alb.

[1] 2 vol. in-8 Paris 1890.

Digitized by Google

Christophle, vient de publier une 2e édition, avec la collaboration de M. Paul Auger, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

Cette nouvelle édition comprend, comme la première, parmi les principales matières traitées, la définition des travaux publics ou du moins l'examen des circonstances qui concourent à donner aux travaux de l'Etat, des départements et des communes, le caractère de travaux publics, leur organisation administrative, leurs divers modes d'exécution, la nature et la forme des marchés, les obligations de l'administration et des entrepreneurs ou des concessionnaires, l'étude des contributions volontaires ou forcées, les dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics, enfin les règles de compétence et de procédure. Elle contient en outre les commentaires du cahier des charges du génie de 1876 et du nouveau cahier de la guerre du 1er décembre 1887, du décret de 1882 sur les adjudications, de celui du 4 juin 1888 sur la coopération des associations ouvrières aux travaux publics, etc...

La deuxième édition du *Traité des travaux publics* est bien au courant de la jurisprudence, et en particulier de celle du Conseil d'État; mais on pourrait peut-être, au point de vue de la forme, regretter qu'on ait cité tous les arrêts dans le texte, ce qui rend la lecture et les recherches moins faciles que si des notes au bas des pages avaient déchargé le texte d'un excédent de citations.

Si les auteurs sont très complets en ce qui concerne l'indication de la jurisprudence du Conseil d'État, ils le sont moins à l'égard de la doctrine, dont ils s'abstiennent un peu trop souvent de citer les sources. Nous leur reprocherons notamment de ne pas avoir mentionné le remarquable travail de M. Ferdinand Sanlaville, sur *L'occupation définitive sans expropriation*, qui avait déjà paru dans la *Revue générale d'administration*, lorsque MM. Christophle et Auger ont publié leur tome second, et auquel ils paraissent avoir, dans ce volume, fait quelques emprunts.

A part ces critiques, on peut dire, d'une façon générale, que l'ouvrage de MM. Christophle et Auger est un des plus complets que l'on ait publiés sur la matière des travaux publics. Nous signalerons comme particulièrement digne d'éloges, à notre avis,

Digitized by Google

toute la partie qui a trait aux cahiers de charges et aux concessions de chemins de fer.

Le *Traité des travaux publics* se termine par un chapitre intitulé *Conclusion*, dans lequel les auteurs ont entendu traiter des améliorations à introduire dans la législation des travaux publics. Ils font ressortir d'une façon saisissante les graves lacunes de cette législation et les abus qui résultent « du pouvoir que l'administration s'arroge. » Mais ils nous paraissent avoir été bien timides dans l'indication du remède; à peine osent-ils proposer la codification, non pas de tout le droit administratif, mais seulement des dispositions législatives qui régissent la matière des travaux publics. Nous ne pouvons croire que cette codification partielle suffirait à anéantir les abus dont nous parlions plus haut et, dussions-nous paraître bien osé, nous n'hésitons pas à penser que le seul moyen de « mettre un terme au spectacle affligeant des juridictions en conflit » ainsi que de « concilier l'antagonisme du droit social avec le droit privé », c'est le retour au droit commun, l'unité de juge et de principes, que les deux parties contractantes soient de simples particuliers, ou que l'une d'elles soit une administration publique. Mais, comme c'est là une réforme qui paraît encore à beaucoup trop hardie ou trop radicale, et que la réalisation en est probablement lointaine, nous nous associons aux vœux plus modestes de MM. Christophle et Auger et nous espérons qu'ils seront promptemont exaucés, parce que nous pensons, comme eux, qu'un Code de la législation des travaux publics « est d'une exécution urgente et aisément réalisable. » ANTOINE FAURE.

CHRONOLOGIE DE L'EMPIRE ROMAIN [1]

Publiée sous la direction de M. R. CAGNAT, professeur au collège de France.
Par M. Georges GOYAU, élève de l'Ecole normale supérieure.

Compte-rendu par M. P. LOUIS-LUCAS, agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

A la somme de travail, de patience, de soin et à l'érudition qu'il a fallu dépenser, sans compter, pour écrire un livre de ce

[1] Paris, 1 vol. in-12.

Digitized by Google

genre, on le croirait sorti de la cellule d'un Bénédictin. Il n'en est rien pourtant; cette *Chronologie de l'Empire romain* est l'œuvre d'un jeune normalien, qui a voulu « occuper utilement les loisirs de sa seconde année d'école », et qui, pour ses débuts, vient de donner un véritable coup de maître. En menant à bien, comme il a su le faire, une entreprise aussi laborieuse, M. Goyau a permis de deviner en lui un de ces savants de race, dont les travaux personnels ne manqueront pas de faire un jour honneur à la science française.

Son livre enrichit de la façon la plus heureuse la *Nouvelle collection à l'usage des classes*, éditée par M. Klincksieck, et qui compte déjà plus d'un manuel excellent et utile. A peine est-il besoin d'ajouter que celui-ci, comme ses aînés, a vu le jour sous une bonne étoile, et que, comme eux, il est appelé à un succès aussi certain que légitime.

L'auteur, en effet, a rendu aux historiens, aux littérateurs et aux romanistes un service signalé; et on peut affirmer qu'en dressant une chronologie de l'histoire de la Rome impériale, il a répondu à un besoin réel. Parmi ceux qui s'occupent de recherches d'histoire romaine à l'époque de l'Empire, il n'est personne qui ne sache combien il est malaisé, en présence d'un texte littéraire, juridique ou épigraphique, d'avoir sous la main un répertoire capable de les renseigner immédiatement sur la solution des questions chronologiques qu'il soulève, et de leur permettre de découvrir sans retard la date exacte, ou tout au moins approximative, du fait cherché ou de tel ou tel évènement relaté. Non pas, sans doute, que les ouvrages manquent, que l'on puisse, en pareil cas, consulter avec fruit : mais tous présentent des inconvénients graves. S'agit-il, par exemple, d'un fait de la vie politique, morale ou littéraire? La recherche n'est pas toujours facile. Les *Fasti romani* de H. Fynes Clinton (Oxford, 1845-1850, 2 vol. in-4°) sont, à peu près, l'unique ressource; or, malgré leur rare mérite, ils remontent aujourd'hui à plus de quarante ans, et, antérieurs à la publication de la plupart des éditions savantes dont on a coutume de se servir actuellement, antérieurs surtout à l'apparition du *Corpus inscriptionum latinarum* et du recueil numismatique de Cohen, ils ont vieilli et se trouvent forcé-

Digitized by Google

ment incomplets. A plus forte raison peut-on en dire autant des tables chronologiques qui suivent chaque volume de l'*Histoire des Empereurs romains* de Lenain de Tillemont (Paris, 1690, ou 2e éd., 1700-1738, 6 vol. in-4o). Tout au plus peut-on citer, comme travail d'ensemble récent, les *Zeittafeln der Römischen Chronologie* de M. Karl Peter (1881, 1 vol. in-4o), car cette chronologie est fort abrégée. Il faut alors recourir aux grandes histoires ou aux monographies spéciales qui abondent sur les points de détail ou sur des périodes plus ou moins étendues : mais leur multiplicité même devient un embarras, et, disséminées qu'elles sont un peu partout, et notamment dans les Revues, il n'est pas toujours commode de se les procurer. De toute manière, la recherche d'une date risque d'ajouter un travail de plus à ceux d'Hercule, et fait le plus souvent perdre un temps précieux.

Aussi, en remédiant à de tels inconvénients, M. Goyau s'est-il acquis un titre des plus précieux à la reconnaissance des travailleurs.

Son livre est composé avec une rigueur digne des plus grands éloges : chaque date y est accompagnée de sa référence, sources anciennes ou autorités modernes; une liste alphabétique des ouvrages cités, placée en tête du volume (pp. XXXIII-LVII), sorte de bibliographie de l'histoire impériale, donne la clef des renvois.

Quant au plan de ce remarquable *Manuel*, qui embrasse toute la période comprise entre la victoire d'Octave sur Antoine à Actium, le 2 septembre 31 avant J.-C., la mort de Théodose et le partage de l'Empire romain entre ses deux fils, il est des plus simples. Chaque page, — dont il est regrettable que la marge ai été aussi déplorablement marchandée — est divisée en trois colonnes. Dans la première, sont indiquées les années de l'ère chrétienne avec les noms des consuls ordinaires et suffects, dont la liste a été conduite jusqu'à la fin du consulat; la seconde donne l'énumération des faits; ceux dont la date est hypothétique sont distingués par une astérisque; dans la troisième, enfin, figure l'indication de la saison, du mois, du jour, quand une semblable précision est possible.

Nous ne saurions trop louer l'incomparable richesse de la colonne des faits; rien n'y manque. On en jugera sans peine lors-

Digitized by Google

que nous aurons dit que M. Goyau y a réuni, pour chaque année, tous les faits d'histoire romaine qu'il lui a été donné d'y insérer : noms des préfets du Prétoire, des vigiles, de la ville, de l'annone; les vicaires de Rome; faits politiques, économiques, littéraires, moraux, religieux; actes législatifs, qui nous ont été conservés avec leurs dates. Nous avons, en un index chronologique aussi nourri que savant d'un peu plus de 600 pages, quatre siècles d'histoire impériale qui se déroulent sous nos yeux, condensés et réduits avec un talent peu commun d'exposition.

Pour mieux prouver à M. Goyau la sincérité de nos éloges, nous nous permettrons, avant de nous séparer de lui, de formuler différents *desiderata*. Nous serons heureux d'en constater la réalisation dans la prochaine édition de son livre, qui ne saurait tarder.

Nous voudrions, tout d'abord, que la première des trois colonnes dont nous avons parlé plus haut, contînt l'indication des années *ab Urbe condita*. Nous n'en n'avons pas compris l'omission, qui constitue, à nos yeux, une lacune des plus fâcheuses, étant donnés la différence des ères (753 ou 754) et le système chronologique si délicat des années voisines de la naissance de Jesus-Christ. — D'autre part, un ouvrage du genre de celui que nous analysons devant, pour être utile, être impeccable, doit chercher à réaliser l'idéal de la précision, qui en est le mérite essentiel, en évitant toute chance d'erreur. Afin d'y parvenir, en ce qui concerne tout au moins les nombreux renvois aux textes juridiques, nous désirerions voir figurer l'indication de la rubrique du titre après la mention des différents Codes auxquels chacun d'eux appartient, par exemple : *Cod. Just.*, *De donat. inter vir. et uxor.*, V, 16, 1 [1]. — Il sera pareillement indispensable que la liste fort longue des *Errata* et des *Addenda*, qui témoigne à elle seule, de la conscience qui a présidé à l'élaboration de ce beau travail, soit refondue dans le texte. — La bibliographie devra également être complétée : c'est ainsi que la *Römische Chronologie* de H. Matzat (Berlin, 1883-1884, 2 vol. in-8) et les autres travaux de ce savant n'y sont point indiqués, non plus que ceux

[1] Voy. à cet égard, notre réponse à M. R. Cagnat, dans la *Revue critiq. d'hist. et de littér.*, n° du 25 août-1er septembre 1890, pp. 127 et suiv.

Digitized by Google

de MM. L. Holzapfel (*Röm. chronol.*, Leipzig, 1885, 1 vol. gr. in-8), W. Soltau (surtout ses *Röm. Amtsjahre*, Freiburgi. B., 1888, broch. gr. in-8, et sa *Röm. Chronol.*, Freiburgi B., 1889, 1 vol. gr. in-8, qui ont soulevé tant de polémiques de la part de M. Matzat, en particulier), Mahler (*Chronolog. Vergleichusngtabellen*, t. 1, seul encore paru), etc., pour ne parler ici que des principaux. et laisser de côté les monographies ayant trait à des points spéciaux, comme, par exemple, les fastes consulaires. M. Goyau ne paraît pas davantage avoir consulté l'excellent livre de Nirschl (*Lehrbuch der Patrologie und Patristik*), manuel classique en matière d'histoire ecclésiastique. — Il serait encore à souhaiter qu'à l'avenir, les gouverneurs de provinces et les chefs de légions ou de flottes ne fussent plus, intentionnellement, passés sous silence : leur nom et la nature de leurs dignités sont d'un puissant intérêt, en ce qui touche, en particulier, notre histoire nationale.

Nous demandons à M. Goyau de ne chercher dans ces quelques revendications, que l'expression de notre désir de voir une œuvre de la valeur de la sienne atteindre le plus haut degré de perfection auquel il nous soit permis d'espérer. Telle qu'elle se présente à nous, elle est, à nos yeux, bien près d'y être arrivée, et nous pouvons nous féliciter de posséder aujourd'hui un livre remarquable qui, contenant le dépouillement réfléchi des textes classiques, des recueils d'épigraphie, des Codes et des ouvrages des auteurs modernes se rapportant aux quatre premiers siècles de l'histoire impériale, est désigné pour devenir le *vade mecum* de tous ceux à qui, par profession ou par goût, l'étude de l'antiquité romaine est chère. P. LOUIS-LUCAS.

COLLECTION DE CODES ÉTRANGERS.

I. *Code civil espagnol, promulgué le 24 juillet 1889*,

Traduit et annoté par M. A. Levé, vice-président du trib. civil d'Avesnes ;

II. *Code pénal italien, promulgué le 1er janvier 1890, suivi des dispositions transitoires*,

Traduit et annoté par M. Edmond Turrel, avocat-général, Conseiller d'Etat de la principauté de Monaco [1],

Compte rendu par M. P. Louis-Lucas, prof. agr. a la Fac. de droit de Dijon.

M. Pedone-Lauriel, qui a le secret des entreprises utiles et le

[1] Paris, 2 vol. in-8.

Digitized by Google

don précieux entre tous de les réaliser avec un rare bonheur, fait aujourd'hui une tentative dont nous ne saurions trop le féliciter. Estimant, avec autant de justesse que de raison, qu'à côté des publications savantes, mais quelquefois d'un luxe un peu coûteux, faites par le Comité de législation étrangère avec le concours de la Société de législation comparée, il y avait place pour une collection de Codes étrangers répondant mieux aux besoins de la pratique courante et éditée dans des conditions plus modestes, il a eu l'heureuse inspiration de compléter l'œuvre commune du Comité et de la Société, en fondant une nouvelle collection traduite de Codes étrangers. Il rend par là un service signalé à un nombre considérable d'intérêts, et nous devons l'en remercier d'autant plus que, si nous en jugeons par les deux volumes qui forment la tête de cet ensemble nouveau de lois étrangères, il a eu le talent de s'adresser à deux traducteurs dont les travaux nous paraissent dignes des plus grands éloges.

Le premier de ces deux volumes contient la traduction du Code civil espagnol de 1889; le second, celle du Code pénal italien de 1890.

Le choix qui a été fait de ces deux Codes est fort judicieux, puisque les textes auxquels on a ainsi donné la préférence sont deux des plus récents et des plus importants qui aient été promulgués. L'un et l'autre s'appliquent à deux pays voisins, qui se trouvent unis à la France par des liens multiples d'intérêt et une communauté d'idées évidente, et ils renferment des dispositions curieuses, dont l'originalité même les recommande à l'attention des juristes français et des amis de plus en plus nombreux des études si fécondes de législation comparée.

Les traducteurs, M. Levé et M. Turrel, ont, du reste, admirablement compris l'esprit qui devait présider à la confection de leurs travaux. Dans le but de les approprier à la curiosité légitime du lecteur et de donner satisfaction à ses nécessités de tout genre, ils ne s'en sont pas tenus à la traduction pure et simple des textes; mais, dès là que l'occasion s'en est présentée, ils ont ajouté des notes, très sobres d'ailleurs, destinées à attirer l'attention sur les points les plus importants, à mettre en relief certaines divergences notables avec le droit français, ou à indi-

Digitized by Google

quer l'état de la législation des différents pays sur une question donnée.

Ils ont, en outre, pris soin de signaler autant que possible, à la suite de chaque article, les prescriptions correspondantes de notre Code civil et de nos lois. — Une introduction des plus substantielles est placée au début de chaque volume, qui contient un exposé critique des dispositions que le traducteur a considérées comme pouvant présenter le plus d'intérêt, soit à raison de leur caractère exclusivement national, soit à cause des progrès, des modifications ou des innovations qu'elles consacrent et qu'il lui paraîtrait désirable de voir passer dans notre législation.

M. Pedone-Lauriel nous promet dans un avenir prochain la traduction d'autres Codes étrangers. Nous pouvons l'assurer dès maintenant qu'ils sont attendus avec impatience par tous ceux qui possèdent le commencement de son excellente et remarquable collection, et qui ont pu, comme nous, en apprécier la haute valeur. Il y a là une œuvre de début qui mérite les plus grands encouragements. Espérons que l'accueil éclairé du public ne manquera pas de les prodiguer à l'éditeur, et de répondre à son intelligente, active et louable initiative, par la plus enviable des récompense : le succès.

P. LOUIS-LUCAS.

Un concours pour l'agrégation des Facultés de droit, ouvert le 17 septembre dernier, s'est terminé le 6 novembre.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM.	Souchon,	docteur de la Faculté de	Paris.
	Capitant	—	Paris.
	Deslandres	—	Paris.
	Biville	—	Paris.
	Perreau	—	Dijon.
	Beudant	—	Paris.
	Houques-Fourcade	—	Bordeaux.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE.

(Année judiciaire 1890-1891),

Par M. Bérmond, professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

I. — L'administration peut-elle céder l'exploitation d'un monopole ?

La question s'est élevée à propos de l'exploitation des téléphones. L'État n'avait pas voulu, dans le principe, assumer les risques que comportait l'exploitation de l'invention nouvelle ; il s'en était remis à l'industrie privée à laquelle il avait accordé des concessions de réseaux téléphoniques. En 1884, ces concessions furent renouvelées avec de nouvelles conditions; et le gouvernement, ayant eu à ce propos quelques doutes sur l'étendue de ses pouvoirs, présenta un projet de loi pour faire ratifier par le Parlement les nouvelles conventions; mais la Chambre des députés, dans la séance du 17 juillet 1884, décida qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la matière par voie législative, parce que ces conventions n'exigeaient le vote d'aucun crédit et que le ministre trouvait dans le décret du 27 décembre 1851 les pouvoirs nécessaires pour consentir la concession des réseaux téléphoniques, et dans la loi du 5 avril 1878 le droit d'établir des taxes pour les postes publics des téléphones. Or, c'étaient là les principaux points réglés par le projet du gouvernement. Conformément à cette résolution, le ministre des postes et télégraphes passa les nouveaux traités sans les soumettre à aucune ratification.

En 1886, à la suite de négociations entre l'État et la Société générale des téléphones, une nouvelle convention fut signée par laquelle la Société acquérait, pendant une période de trente-cinq années, le monopole de l'exploitation de tous les réseaux téléphoniques créés ou à créer en France et en Algérie, sous certaines conditions dans le détail desquelles il est inutile d'entrer. Cette convention, soumise à la ratification du Parlement, fut rejetée par la Chambre des députés dans la séance du

Digitized by Google

19 mars 1889; mais la Société des téléphones prétendit que la ratification du Parlement n'était pas nécessaire et que le contrat avait été régulièrement formé par l'accord de sa volonté avec celle du ministre. L'administration soutint au contraire que le traité de 1886 était nul et que les parties se retrouvaient sous la convention de 1884. C'est la solution que le Conseil d'État a consacrée par son arrêt du 24 juillet 1891 [1].

Cette décision est en opposition avec la règle que les marchés concernant les services publics peuvent être passés en principe au nom de l'État, dans tous les cas où le pouvoir législatif ne s'est pas réservé expressément le droit de les approuver. Le Conseil d'État justifie cette dérogation par le motif « que le traité contenait une cession du droit exclusif que le gouvernement tient de la loi du 2 mai 1837 et du décret-loi du 27 décembre 1851 d'établir et d'employer les lignes électriques pour la transmission des correspondances; qu'il suit de là que ce traité ne pouvait devenir valable qu'en vertu de l'approbation législative. » Donc toute cession par l'État d'un monopole qui lui aurait été concédé par une loi exige l'approbation législative; et cela nous paraît assez naturel. La constitution d'un monopole est une faveur exceptionnelle que le législateur a voulu faire à l'État, le ministre ne peut donc en principe en faire profiter un particulier sans l'assurer que le législateur accepte cette sorte de délégation.

Il y avait dans notre espèce deux circonstances spéciales qui pouvaient faire naître un doute sérieux. La première était que le pouvoir législatif semblait avoir reconnu lui-même la capacité de l'administration pour consentir seule la concession du monopole des lignes téléphoniques. Le Conseil d'État a écarté cette objection en observant seulement que la Chambre des députés s'était trouvée en 1884, en présence d'un projet d'une nature et d'une portée toutes différentes de celles du projet actuel. L'observation est exacte en fait, mais sa valeur juridique nous semble fort douteuse. La décision de la Chambre des députés du 17 juillet 1884 ne portait pas seulement qu'il n'y avait pas lieu de délibérer sur le projet qui lui était soumis, elle contenait en

[1] *Revue générale d'administration*, sept. 1891, p. 51.

Digitized by Google

outre une affirmation de principe, à savoir : « que les pouvoirs nécessaires pour les concessions des réseaux téléphoniques par le ministre résultent du décret du 27 décembre 1851. » Cette affirmation est générale et dépasse évidemment les faits à l'occasion desquels elle a été émise; il eût donc fallu en écarter l'application par un autre motif que celui de la différence existant entre ces faits et ceux qui avaient donné lieu au procès. Voici, croyons-nous, ce qu'on pourrait dire : la décision du 17 juillet 1884 n'émanant que de la Chambre des députés n'a pas force de loi; elle prouve, il est vrai, que la Chambre croyait en ce moment à la compétence du ministre pour faire des concessions de réseaux téléphoniques; mais cette croyance n'a pas pu modifier la loi.

La deuxième circonstance spéciale d'où pouvait naître le doute résultait du texte de l'art. 1er du décret du 27 décembre 1851 qui pourrait être interprété comme donnant au gouvernement le droit de céder l'exercice du monopole qui lui est attribué. « Aucune ligne télégraphique ne peut être établie ou employée à la transmission des correspondances que par le gouvernement *ou avec son autorisation.* » Le texte cependant n'est pas très explicite et nous comprenons que le Conseil d'État ait écarté l'interprétation la plus large à raison des inconvénients pratiques qu'elle présentait dans l'espèce qui lui était soumise. Nous rappelons que le traité contesté aliénait pour 35 ans le monopole des lignes téléphoniques, de sorte que pendant cette longue période de temps le gouvernement aurait eu les mains liées pour l'exploitation de ce service public. C'était une convention exceptionnellement grave dont l'imprudence ne tarda pas à être démontrée par les faits. Nous acceptons donc la décision du Conseil d'État tant au point de vue du principe qu'au point de vue des circonstances spéciales à l'occasion desquelles elle a été rendue.

II. — L'appel est-il recevable en matière de référé administratif?

A propos de l'affaire de la Société des téléphones, le Conseil d'État a été amené à résoudre une question de procédure concernant la loi du 22 juillet 1889 sur les conseils de préfecture. On sait que l'art. 24 de cette loi permet au président du Conseil de

Digitized by Google

préfecture de désigner, sur la requête d'une partie, un expert pour constater des faits qui seraient de nature à motiver une réclamation devant le tribunal qu'il préside. L'État a eu recours à cette attribution du président dans les circonstances suivantes : La convention de 1884 permettait au gouvernement de racheter les concessions faites à la société des téléphones en payant la valeur du matériel. Lorsque l'administration voulut en 1889 user de son droit, elle proposa à la Société des téléphones de dresser une expertise contradictoire du matériel existant; mais la société se refusa à toute entente et l'administration dut même employer la force pour procéder à la prise de possession de l'outillage et des bureaux. Voulant cependant donner une base sérieuse au règlement des indemnités que pourrait réclamer la Société des téléphones, elle s'adressa aux présidents des Conseils de préfectures des départements dans lesquels existaient des lignes téléphoniques rachetées, leur demandant de faire dresser, d'urgence et préalablement à sa propre prise de possession, l'inventaire du matériel en service et de faire toutes les constatations utiles pour en permettre ultérieurement l'estimation. Les présidents des Conseils de préfecture de 10 départements rendirent des arrêtés faisant droit à ces conclusions. La Société des téléphones forma contre eux devant le Conseil d'État des recours qui ont été rejetés (arrêt ci-dessus cité du 24 juillet 1891).

La loi de 1889 est absolument muette sur les recours qui peuvent être intentés contre les arrêtés rendus par les présidents des Conseils de préfecture en vertu de l'art. 24 de ladite loi. Cette matière a été mal à propos qualifiée de *référé administratif*. Les pouvoirs qui sont attribués aux présidents des Conseils de préfecture sont bien plus restreints que ceux que l'art. 806, Pr. civ., confie aux présidents des tribunaux civils. Ces derniers ont deux grandes attributions : 1° ils peuvent prendre toutes les mesures utiles dans les cas d'urgence pourvu que leurs ordonnances ne fassent aucun préjudice au principal ; 2° ils peuvent, sous la même condition, statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution des titres exécutoires ou des jugements. Cette deuxième attribution a été dangereuse en matière administrative. « On a pensé, disait M. Léon Clément dans son rapport au Sénat,

Digitized by Google

qu'il pourrait y avoir de graves inconvénients à permettre d'arrêter, même provisoirement, l'exécution des mesures prescrites par l'administration. » Le président du Conseil de préfecture n'a donc pas ce pouvoir ; on ne lui confie que le droit de statuer en cas d'urgence, et encore ne peut-il pas prendre toutes sortes de mesures, car le texte ne lui permet absolument qu'une chose, c'est de nommer des experts. Il y a, en outre, entre le référé judiciaire et la procédure organisée par l'art. 24 de la loi sur les conseils de préfecture, une différence capitale : le premier exige la mise en cause de la partie adverse, la deuxième se contente d'une simple requête du demandeur non communiquée à son adversaire ; celui-ci ne doit être averti que lorsque l'arrêté est rendu. Il suit de là qu'il n'y a, pour la solution des difficultés concernant les prétendus référés administratifs, aucun renseignement à consulter ou aucun élément à puiser dans les décisions admises en matière de référé judiciaire.

Ne prenant donc en considération que les principes généraux admis en procédure administrative, nous croyons qu'il convient de décider que l'opposition n'est pas possible contre les arrêtés des présidents des Conseils de préfecture, mais que l'appel est recevable.

L'opposition ne se comprend que dans une procédure qui dans l'esprit de la loi doit être contradictoire. Là où le défendeur n'est pas appelé, il ne peut pas faire défaut. C'est un axiôme de bon sens. Le Conseil d'Etat a consacré cette solution, qui nous paraît être l'évidence même, en déclarant : « que le fait de la Société requérante n'a pas défendu, n'est pas de nature à faire considérer les arrêtés attaqués comme ayant été rendus par défaut et que, dès lors, c'est avec raison que les oppositions de la Société ont été déclarées non recevables. »

Mais nous croyons l'appel possible, car cette voie de recours est de règle en procédure administrative, et aucune exception n'est faite pour notre cas. La juridiction du président du Conseil de préfecture n'est en somme qu'une sorte de reflet de la juridiction du conseil lui-même ; or ce tribunal ne juge jamais que sauf recours au Conseil d'Etat.

M. Chareyre, auditeur au Conseil d'Etat, dans les observations

Digitized by Google

qu'il a consacrées dans la *Revue générale d'administration* à l'arrêt qui nous occupe, se prononce pour l'irrecevabilité de l'appel, parce que les arrêtés dont il s'agit ne peuvent prescrire que des mesures purement préparatoires et que par suite aucune des parties ne peut avoir intérêt à les attaquer. Il admet cependant l'existence du recours pour excès de pouvoir; ce qui rend la doctrine moins dangereuse, mais passablement contradictoire. Il faut en effet y avoir intérêt pour pouvoir intenter un recours pour excès de pouvoir aussi bien qu'un recours contentieux ordinaire, et s'il est vrai qu'on ne puisse jamais avoir intérêt à faire rétracter ou à faire modifier un arrêté du genre de ceux dont nous nous occupons, le recours pour excès de pouvoir doit être interdit au même titre que l'appel. La vérité est que les expertises ordonnées par les présidents des Conseils de préfecture peuvent dans bien des circonstances avoir des conséquences matérielles ou morales dommageables pour le défendeur. Pourquoi alors lui refuser l'appel?

Le Conseil d'Etat paraît admettre la recevabilité de l'appel, car il n'a pas opposé aux recours de la Société des téléphones une fin de non-recevoir préalable à tout examen de la cause. Il a sans doute rejeté les requêtes, mais c'est après avoir reconnu en fait « que les arrêtés attaqués ont constitué des mesures purement préparatoires ne pouvant préjudicier aux droits des parties. » Nous reprochons à M. Chareyre d'avoir généralisé cette proposition au point d'en faire un principe absolu; l'affirmation du Conseil d'Etat est très restreinte, elle ne vise que les arrêtés qui lui sont soumis; c'est transformer sa pensée que de lui faire dire; les arrêtés des présidents des Conseils de préfecture constitueront toujours et nécessairement des mesures purement préparatoires ne pouvant préjudicier aux droits des parties. L'arrêt n'est donc pas théoriquement contraire à la recevabilité de l'appel; il se borne à rejeter le recours de l'appelant comme mal fondé en fait.

III. — Un maire dont l'élection a été annulée comme conseiller municipal peut-il continuer à exercer les fonctions de maire?

Si l'on ne tenait compte que de la lettre de la loi, la solution affirmative s'imposerait. L'art. 81 de la loi du 5 avril 1884

Digitized by Google

pose en effet en principe que les maires restent en fonction jusqu'à l'installation de leurs successeurs ; à cette règle il n'est fait que quatre exceptions : 1° lorsque le maire se trouve dans un des cas d'incapacité prévus par l'art. 80; 2° lorsqu'il a été suspendu ou révoqué (art. 86); 3° quand une commission municipale est nommée (art. 87); 4° quand il y a renouvellement intégral du Conseil municipal (art. 81); encore, dans ce dernier cas, le maire nommé par l'ancien conseil peut-il rester en fonction jusqu'à l'installation du nouveau conseil. En dehors de ces quatre cas on rentre dans la règle générale qui, par conséquent, s'applique à notre hypothèse.

Un avis de la section de l'Intérieur du Conseil d'État, en date du 20 janvier 1885, admet cependant que le maire dont l'élection a été annulée, soit comme maire, soit comme conseiller municipal, ne peut plus rester en fonction et doit, dès la notification de la décision, remettre immédiatement le service à son suppléant; car c'est là la solution donnée par l'art. 80 pour les cas d'incapacité du maire, et « il est conforme à l'esprit de la loi, aux règles d'une bonne administration et au respect de la chose jugée d'adopter la même solution dans les cas où l'élection d'un maire est annulée. » Ce motif un peu trop brièvement indiqué ne fait pas tout d'abord une forte impression et l'on ne saisit pas nettement du premier coup d'œil l'analogie qu'il peut y avoir entre une annulation d'élection et une cause d'incapacité ; mais après réflexion on se rend bien compte que l'argument donné par la section de l'Intérieur est fondé. Lorsque le maire se trouve dans un cas d'incapacité, le maintenir, même provisoirement, en fonction, ce serait lui laisser la possibilité d'user frauduleusement de la situation; de même le maintien provisoire d'un maire dont l'élection a été annulée pourrait ouvrir la porte à des fraudes électorales, d'autant plus à craindre que l'annulation de la première élection montre que le terrain électoral n'est déjà pas trop solide et qu'il y a lieu de prendre des précautions spéciales. Il est donc très exact de dire que l'esprit de la loi exige qu'on étende à notre hypothèse la décision de l'art. 80. Nous faisons observer en outre qu'une des attributions que donnerait au maire invalidé la conservation provisoire de ses fonctions serait le droit de pré-

Digitized by Google

sider aux nouvelles opérations électorales; et c'est précisément à l'occasion de ce droit que notre question a été discutée en pratique; ne serait-il pas dès lors étrange qu'on confiât la surveillance et la direction des opérations électorales à celui-là même qui a été convaincu sinon d'avoir introduit lui-même la fraude dans ces opérations, au moins d'avoir profité des manœuvres ou des irrégularités commises par les autres? Un tel système constituerait un manque de respect pour la chose jugée en même temps qu'il violerait les règles d'une bonne administration.

La jurisprudence contentieuse du Conseil d'État n'est pas absolument conforme à la jurisprudence administrative. Les arrêts rendus sur la gestion distinguent en effet suivant que les nouvelles élections seront intégrales ou partielles. Lorsque les élections municipales d'une commune ont été annulées en totalité et que par suite le maire nommé par le Conseil municipal invalidé perd sa qualité de conseiller municipal en même temps que tous les autres conseillers, il conserve cependant provisoirement ses pouvoirs de maire jusqu'à l'installation du nouveau conseil et il peut notamment présider aux nouvelles élections (arrêt des 20 novembre 1885; 19 mars 1886; 31 janvier 1891)[1]. Si au contraire l'élection de quelques conseillers municipaux seulement est annulée, parmi lesquels se trouve le maire, celui-ci doit cesser ses fonctions qui sont dévolues, conformément à la règle ordinaire, aux adjoints ou aux conseillers municipaux dont le mandat subsiste, et s'il reste en fonctions et qu'il préside, par exemple aux élections partielles nécessitées par les annulations prononcées, ces élections sont nulles (arrêt du 14 mars 1890)[2].

Nous ne pouvons admettre cette distinction que le Conseil d'État n'a pas pris la peine de justifier. Les arrêts qui admettent la continuation provisoire des fonctions se bornent à viser l'article 81, § 3, de la loi municipale; quant à l'arrêt de 1890, il se contente de dire : « Considérant que le maire était l'un des conseillers municipaux dont l'élection avait été annulée; qu'ainsi

[1] *Revue générale d'administration*, juin 1891, p. 173.
[2] *Eod.*, avril 1890, p. 444.

Digitized by Google

les requérants sont fondés à soutenir qu'il ne pouvait présider le bureau électoral... » C'est bien évidemment une pétition de principe.

Il nous semble qu'il faut dans tous les cas admettre la même solution. Ou bien en effet l'invalidation ne fait pas perdre au maire l'exercice de ses fonctions, et peu importe alors qu'il reste ou qu'il ne reste pas des conseillers municipaux pour le suppléer; ou bien à partir de l'annulation de son élection le maire n'a plus aucune espèce de pouvoir (et c'est cette alternative que nous croyons être la plus juridique), et alors il doit être immédiatement remplacé. Le suppléant variera, il est vrai, suivant qu'il restera des conseillers municipaux issus de la dernière élection ou qu'il n'en restera pas; mais il faudra un suppléant dans les deux cas : ce sera dans le premier cas, le premier inscrit des conseillers municipaux restants; et s'ils ont tous été invalidés et qu'on se trouve dans le deuxième cas, on fera appel au maire qui était en fonction au moment des élections, puisque d'après l'art. 81 § 3, ce maire doit conserver l'exercice de l'autorité jusqu'à l'installation de son successeur.

IV. — Recours contre les délibérations diffamatoires des conseils municipaux.

L'art. 60 de la loi des 14-22 décembre 1789 déclare que « tout citoyen lésé par un acte du corps municipal peut exposer ses sujets de plainte à l'administration ou au directoire de département qui y fera droit sur l'avis de l'administration de district qui sera chargée de vérifier les faits. » Le sens de cette disposition a donné lieu à quelques difficultés et il y avait eu tout d'abord divergence entre le Conseil d'État et les tribunaux judiciaires. Le premier jugeait que le citoyen diffamé par une délibération municipale ne pouvait exercer que le recours administratif prévu par notre art. 60. La Cour de cassation et les Cours d'appel décidaient au contraire que ce recours n'excluait pas les voies de droit commun devant les tribunaux de répression lorsqu'il s'agissait de faits punis par la loi pénale[1]. Le Conseil d'État s'est rallié à la doctrine judiciaire par un arrêt du 7 mai 1871 et cette

[1] Laferrière, *Juridiction administrative*, t. I, p. 578.

Digitized by Google

jurisprudence a été depuis confirmée par le Tribunal des conflits. (Confl. 28 décembre 1878; 22 mars 1884). Nous en trouvons en 1890 une application faite dans des circonstances qui donnent lieu à des observations intéressantes.

Un propriétaire, se prétendant diffamé et injurié par une délibération du Conseil municipal de Senlis, avait intenté deux actions : il avait cité, devant le tribunal correctionnel, pour diffamation, le maire auteur du rapport diffamatoire inséré dans la délibération du Conseil municipal, et il avait obtenu contre lui une condamnation à l'amende; il avait d'autre part demandé au préfet de l'Oise de prononcer l'annulation de la délibération injurieuse et d'en ordonner la radiation sur les registres. Le préfet rejeta la requête du plaignant par le motif que le tribunal correctionnel ayant déjà rendu un jugement sur la litige, il n'y avait plus lieu à statuer. Le requérant forma contre la décision préfectorale un recours au Conseil d'État, et devant ce tribunal il formula de nouveau sa demande en radiation de la délibération du Conseil municipal.

Sa requête soulevait ainsi une première question : la décision préfectorale constitue-t-elle dans notre espèce un jugement en premier ressort contre lequel l'appel soit possible devant le Conseil d'État? L'affirmative ne serait admissible que si on décidait que l'art. 60 de la loi de 1789 confère à l'autorité départementale une attribution contentieuse; mais cette selution ne serait conforme ni au texte ni à l'esprit de la loi.

Elle cadrerait mal avec le texte. Il nous parle en effet de citoyens *exposant leurs sujets de plainte* à l'administration départementale. Et il faut bien reconnaître que ces expressions ne conviennent guère à l'exercice d'une véritable action en justice. Si le législateur s'était placé à ce point de vue, il eût certainement employé des termes différents, il eût surtout exigé une demande écrite qui pût régulièrement saisir le tribunal compétent. La rédaction de notre texte montre qu'il s'agit ici d'une question d'administration et non d'une question de juridiction.

L'esprit de la loi corrobore d'ailleurs cette conclusion. La loi de 1789 est en effet une loi d'organisation administrative; elle s'occupe presque exclusivement de régler la composition, l'élec-

Digitized by Google

tion et le fonctionnement des nouvelles autorités locales qu'elle crée; elle est assez sobre sur leurs attributions et en tout cas ne parle que de leurs attributions administratives proprement dites, c'est-à-dire de celles qui concernent l'action et la délibération administratives. Ce ne fut que dans le courant de l'année 1790 que l'Assemblée constituante s'occupa de la juridiction administrative en votant les lois du 24 août et des 7-11 septembre 1790. Il faut donc voir dans l'art. 60 de la loi de 1789 l'organisation au profit de l'administration départementale d'une sorte de contrôle hiérarchique sur les actes des municipalités, contrôle d'ailleurs tout à fait conforme aux principes généraux posés par la Constituante pour la réglementation des rapports respectifs des autorités locales.

Nous ajoutons que si l'on voulait absolument voir dans l'art. 60 une attribution contentieuse, il faudrait la donner aux conseils de préfecture et décider par suite que la plainte des particuliers doit être portée devant eux et non devant les préfets. Ceux-ci en effet n'ont succédé aux administration et directoire de département que dans les attributions actives; les attributions contentieuses ayant été conférées par les lois de l'an VIII aux Conseils de préfecture.

Nous concluons donc que la décision du préfet présente le caractère d'un acte d'administration et ne constitue pas du tout un jugement. Dès lors, en l'absence d'un texte spécial permettant le recours contentieux au Conseil d'État, il faut bien reconnaître que ce recours ne peut pas être autorise contre une décision qui ne porte d'ailleurs aucune atteinte aux droits des particuliers.

Mais si nous rejetons le recours contentieux ordinaire, nous admettons la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. On sait que ces deux sortes de recours diffèrent entre eux surtout en deux points: 1° le recours ordinaire donne au Conseil d'État la plénitude de juridiction, de telle sorte que ce tribunal a tout pouvoir pour modifier, corriger ou remplacer les décisions qui lui sont soumises. Le recours pour excès de pouvoir au contraire n'investit le Conseil que du droit d'annuler ou de ne pas annuler les actes attaqués, sans que jamais il puisse substituer une décision nouvelle à celle qu'il annule; 2° la procédure varie aussi

Digitized by Google

quelque peu : les recours pour excès de pouvoir étant de plein droit dispensés du ministère d'un avocat au Conseil d'État et pouvant par suite être jugés par la section du contentieux, tandis que les recours sont en principe soumis à la procédure normale qui exige l'intermédiare d'un avocat au Conseil d'État et l'intervention de l'assemblée générale du Conseil d'État statuant au contentieux. Ces différences entre les deux recours expliquent que l'un puisse exister quand l'autre fait défaut. Or il n'y a aucun motif de refuser dans notre hypothèse le recours pour excès de pouvoir, qui, de sa nature, est donné contre tous les actes administratifs, à quelque catégorie qu'ils appartiennent.

Mais la décision préfectorale contient-elle un excès de pouvoir ? Le particulier diffamé avait, pour obtenir la réparation qui lui était due, le choix entre deux actions; mais après avoir choisi l'une, il ne pouvait plus intenter l'autre. Il y a d'autant plus de raison d'appliquer ici la maxime *non bis in idem* qu'il s'agit d'une question touchant à l'exercice de la juridiction répressive. Le préfet, en refusant de statuer sur la deuxième demande, n'a donc fait que ce qu'il devait faire; sa décision est irréprochable.

Nous ne partageons pas cette manière de voir. Les deux actions ouvertes aux particuliers diffamés par le corps municipal on chacune un but différent. Par l'action portée devant les tribunaux judiciaires le demandeur poursuit la punition des auteurs du délit et peut-être aussi la réparation pécuniaire du dommage qui lui a été causé; par le recours administratif il pourra obtenir une sorte de réparation morale et il effacera toute trace du fait dont il se plaint. Il est donc conforme à la justice et à la raison de permettre aux parties de cumuler ces deux sortes de résultats; c'est le cumul seul qui constitue une réparation complète.

Reste une difficulté. Le préfet, peut-on dire, a eu tort de rejeter la plainte pour le seul motif qu'il y avait déjà eu sur la matière un jugement du tribunal correctionnel. Mais cela ne constitue qu'une simple erreur de droit, ce n'est pas un excès de pouvoir. N'est-il pas de jurisprudence constante qu'en principe la fausse application ou fausse interprétation de la loi n'est pas une cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir?

Nous répondons que l'erreur commise par le préfet porte sur

Digitized by Google

l'étendue de sa propre compétence. Il croyait que l'existence de la décision des juges correctionnels lui enlevait le pouvoir de statuer à nouveau sur l'affaire; c'est pour cela qu'il a refusé de donner suite à la plainte portée devant lui; son arrêté de refus est donc fondé sur un motif erroné d'incompétence. Et le Conseil d'État a maintes fois jugé qu'il y avait alors excès de pouvoir [1].

Les solutions que nous venons d'exposer ont été consacrées par l'arrêt du 2 mai 1890 [2]. Le Conseil d'État admet la requête du plaignant relative à l'annulation de la décision du préfet de l'Oise et il annule cette décision. Mais il rejette la conclusion du requérant qui tendait à faire ordonner la radiation de la délibération diffamatoire sur les registres du Conseil municipal, car « les recours pour excès de pouvoir ne peuvent tendre qu'à l'annulation de l'acte attaqué. »

V. — Délimitation du domaine public.

Les difficultés concernant la délimitation du domaine public soulèvent des controverses incessantes relativement à la question de compétence et il est facile d'en comprendre le motif. D'une part, en effet, ces litiges intéressent la conservation du domaine public, et comme c'est là un intérêt confié aux soins de l'autorité administrative, il semble bien que celle-ci doive être appelée à statuer à l'exclusion des tribunaux judiciaires. Mais, d'autre part, comme les riverains du domaine public peuvent être lésés dans leurs droits de propriété par une délimitation inexacte, on peut se demander s'il n'y a pas lieu de les autoriser à porter leurs réclamations devant l'autorité judiciaire qui est très certainement la gardienne et la protectrice de la propriété privée. On aboutit donc dans cette matière à la constatation de deux principes contradictoires et en l'absence d'une décision expresse des textes, l'hésitation paraît permise.

La jurisprudence a cependant essayé une conciliation. Les derniers arrêts du Tribunal des conflits, confirmant d'ailleurs un système mis en avant par certaines Cours d'appel et adopté

[1] Voyez notamment, Cons. d'Ét., 13 nov. 1883.

[2] *Recueil des arrêts du Cons. d'Ét.*, 1890, p. 435.

Digitized by Google

par la Cour de cassation, donnent à l'autorité administrative le droit de fixer les limites du domaine public, mais permettent aux tribunaux judiciaires d'exercer sur cette délimitation un contrôle d'une nature spéciale; ces tribunaux, en effet, doivent respecter les actes de délimitation en ce sens qu'ils ne peuvent ni les annuler ni en arrêter on en suspendre même l'exécution; mais ils peuvent en vérifier l'exactitude, et au cas où ils les trouveraient inexacts, ils ont le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts aux propriétaires qu'ils jugent avoir été injustement dépouillés [1].

Nous n'avons pas l'intention de revenir sur ces arrêts assez anciens déjà, quoique la doctrine en soit fort contestable. Nous voulons seulement, avec l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 1891 [2], montrer une nouvelle application de l'idée sur laquelle la jurisprudence a essayé d'établir son système de conciliation.

Cette idée est la suivante : c'est que le droit de délimitation, n'ayant été donné à l'administration qu'en vue de la conservation du domaine public, disparaît avec le motif qui le justifie. Donc quand il s'agit de déterminer les limites anciennes du domaine public et que la solution ne doit et ne peut avoir aucune influence sur les limites actuelles, la compétence de l'autorité administrative cesse, puisque le domaine public est complétement désintéressé; il ne reste plus qu'une question de propriété privée qui appartient tout naturellement aux tribunaux judiciaires.

La Cour de cassation a appliqué cette doctrine dans les circonstances suivantes. Le préfet de la Charente-Inférieure avait en 1879 décidé que des terrains, situés le long de la Seudre et à l'embouchure de cette rivière, constituaient des lais de la mer, et il en avait ordonné la vente au profit du domaine privé de l'État. La vente eut lieu, mais les acquéreurs furent actionnés en revendication par des particuliers qui se prétendaient propriétaires desdits terrains. Ils soutenaient que les parcelles vendues n'avaient jamais été incorporées au domaine public, qu'ils les avaient

[1] Voyez notamment Confl. 11 janvier et 1er mars 1883.

[2] Dall. 91. 1. 366.

Digitized by Google

toujours possédées à titre de propriétaire et que dès lors ils pouvaient invoquer la prescription. Les acquéreurs au contraire, et avec eux l'administration des domaines, prétendaient que les terrains litigieux avaient fait autrefois partie du domaine public maritime et qu'ils n'avaient été déclassés qu'en 1879; la possession des demandeurs avait donc été inefficace jusqu'à cette date à raison de l'imprescriptibilité qui protège les biens du domaine public. La question était d'ailleurs nettement restreinte au passé; car dans l'état actuel les parties étaient d'accord pour reconnaître que les parcelles contestées se trouvaient en dehors du domaine public. La Cour a jugé que l'autorité judiciaire avait compétence pour statuer sur le litige ainsi défini.

Elle avait rendu une décision analogue dans un autre arrêt du 5 décembre 1890[1]. En procédant au creusement d'un bassin dans le port de Saint-Nazaire, le service des Ponts et Chaussées avait fait déposer les déblais provenant des fouilles sur des terrains avoisinant la Loire près de son embouchure. Des particuliers se prétendant propriétaires de ces terrains poursuivirent l'État en paiement d'une indemnité devant le tribunal civil de Saint-Nazaire; mais l'administration soutint qu'au moment où les dépôts avaient été effectués le terrain litigieux faisait partie du lit du fleuve, elle reconnaissait que la situation des lieux avait ensuite changé, mais à une époque postérieure aux dépôts, de telle sorte qu'ils n'avaient en réalité causé aucun dommage aux tiers. La Cour de cassation a admis pour ce litige la compétence des tribunaux judiciaires. Il est vrai que la question de compétence n'avait pas été soulevée; mais elle est d'ordre public lorsqu'il s'agit des rapports de l'autorité administrative avec l'autorité judiciaire et la Cour n'aurait pas manqué de la soulever d'office si elle avait cru qu'il y eût lieu de le faire.

En présence d'une jurisprudence qui semble si solidement établie les protestations sont presque inutiles. Il est permis cependant de faire observer qu'elle présente de sérieux inconvénients pratiques. D'une part en effet il arrivera très souvent que les tribunaux judiciaires n'auront pas les éléments nécessaires

[1] Dall. 91. 1. 149.

Digitized by Google

pour résoudre exactement ces questions de limites anciennes du domaine public. C'est presque toujours à propos des rivages de la mer ou des rives des fleuves que naissent les litiges. Comment un tribunal civil fera-t-il pour se renseigner? Les experts pourront sans doute lui décrire l'état actuel des lieux, mais pourront-ils tout aussi bien apprécier ce qu'a été l'état ancien? Recourir à des témoins sera dangereux en admettant que ce soit possible; la fixation des rivages de la mer et des rives des fleuves exige en effet des constatations scientifiques, des observations méthodiques, que peu de témoins ont été à même de faire sérieusement. L'administration seule peut ici fournir une réponse convenable à la question posée, car elle trouvera dans les archives des services techniques les renseignements nécessaires.

Nous ajoutons que même quand une partie ne vise dans ses conclusions que la fixation des limites anciennes, rien ne prouve *a priori* que ces limites soient différentes des limites actuelles. Les arrêts ci-dessus analysés ont été rendus dans des espèces où il était admis en fait par tous les intéressés que l'étendue du domaine public avait varié; mais la situation pourrait se présenter toute autre. Faudra-t-il alors faire une distinction entre les cas où les limites anciennes sont différentes des limites nouvelles et ceux où ces limites sont identiques? Dans les cas douteux y aura-t-il une question préjudicielle à résoudre?

Ces observations nous confirment dans notre opinion qu'il faudrait ici admettre la compétence exclusive de l'autorité administrative. BRÉMOND.

DE LA PROPRIÉTÉ ET DES SERVITUDES RURALES D'APRÈS LA LOI DE 1891,

(*Fin* [1])

par M. Ferdinand Jacques, docteur en droit,
ancien président du Tribunal d'Avignon, correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

71. Le parcours et d'une manière générale les compascuités

[1] Voir *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, tome XIX, nouvelle série, pages 492, 549, 626; et 1891, tome XX, pages 88 et 456.

Digitized by Google

sont subordonnés à l'intérêt public; l'exercice peut en être suspendu en temps de maladies, de sécheresse et surtout d'épizooties ou de contagion des bestiaux.

L'ancienne législation, sous ce dernier rapport, contenait un bon nombre de prescriptions administratives et judiciaires édictées, pour la plupart, au cours du siècle dernier, en vue de pourvoir aux éventualités de toute nature que le développement des maladies infectieuses faisait fréquemment surgir. Citons en particulier l'arrêt du Parlement de Paris du 24 mars 1745, « qui suspendait l'exercice du parcours du moment où il existait dans la paroisse des bêtes atteintes de maladie; à peine par les habitants des communautés contrevenantes, de répondre solidairement de tous dommages et intérêts; et civilement des faits de leurs pâtres. » La loi rurale, à la fin de la section IV et dans l'art. 23 de son titre second, touche à notre sujet en vue surtout de protéger les animaux versés au parcours et à la vaine pâture. Le Code pénal de 1810 (art. 459 à 461) apporte son contingent de pénalités; il réserve en outre l'exécution des anciens règlements récemment colligés et coordonnés par l'arrêté du Directoire exécutif du 27 messidor an V. Tous ces documents législatifs ont fait leur temps et se trouvent aujourd'hui remplacés par la loi du 21 juillet 1881 sur la police sanitaire des animaux, qui, en refondant cette branche importante de notre droit, l'a mise au courant des progrès réalisés par la science moderne. Son article final abroge expressément les articles précités du Code pénal ainsi que « toutes lois, ordonnances, tous arrêts du Conseil, arrêtés, décrets et règlements intervenus à quelque époque que ce soit, sur la police sanitaire des animaux. »

Constatons, sous un autre rapport, que pendant la période intermédiaire on a utilisé ces prohibitions dans l'intérêt de la défense nationale. Ainsi, le 25 thermidor an III, un arrêté du comité de Salut public défendit provisoirement la vaine pâture dans plusieurs départements de l'est, pour multiplier les secondes herbes des prairies et faciliter la nourriture des chevaux de l'armée. Le Directoire exécutif confirma cet arrêté le 29 thermidor an IV, et autorisa les administrations départementales à suspendre provisoirement la vaine pâture dans leur circonscription. Rappe-

Digitized by Google

lons enfin que les bouchers de Paris qui, à la faveur d'anciens usages, prétendaient, même après la loi de 1791, avoir conservé un droit de parcours sur la banlieue de la capitale en vue de faciliter son alimentation, virent leur prétention repoussée par un avis du Conseil d'État du 28 frimaire an XII, qui mettait en évidence l'inanité de cette prétention au point de vue légal, et signalait ses inconvénients et ses dangers, sous le rapport de la culture et de la salubrité publique.

72. Les compascuités, qui ont leur raison d'être en présence d'une agriculture primitive et routinière, deviennent un obstacle lorsque celle-ci progresse et s'inspire des données mises en lumière par les agronomes et les économistes. Leurs efforts pour mettre en relief les vices de ces pratiques surannées et faire ressortir les obstacles qu'elles opposent à la marche du progrès agricole, ont préparé le grand mouvement qui devait aboutir à la liberté de culture et à l'affranchissement graduel de la propriété.

Le Béarn, qui avait largement sacrifié à ce vieux préjugé, fut des premiers à réclamer. Un édit de 1767 lui rendit la liberté de culture et de clôture; mais, comme cette réforme fut bientôt jugée insuffisante, elle fut complétée par une autre ordonnance du mois de février 1770 qui supprima le parcours dans cette province. La Champagne qui s'était mêlée à la discussion arriva plus rapidement au but; un édit du mois de mars 1769 lui conféra les mêmes immunités; et deux années après elles étaient étendues à la Flandre et au Hainaut. On s'étonnera, à juste titre, qu'un mouvement aussi accentué se soit ralenti si vite; et à tout événement que le législateur de 1791 n'ait pas franchi la dernière étape, en abolissant cette servitude gênante.

Il ressort de ce qui précède qu'à la fin du siècle dernier les communes se trouvaient, au point de vue du parcours, divisées en trois catégories : les unes l'admettaient sans restriction, les autres le repoussaient d'une manière absolue, d'autres enfin, en étaient affranchies à la faveur des ordonnances précitées. Si parfois il existait quelques paroisses où le *parcours* ne fut admis que par tolérance, elles en sont aujourd'hui débarrassées et jouissent depuis la loi rurale d'une entière liberté : vouloir, en pa-

Digitized by Google

reille occurrence, sous le prétexte d'une tolérance plus ou moins prolongée, maintenir le parcours, et au besoin la vaine pâture, c'est méconnaître les principes les plus élémentaires proclamés par notre législation ancienne et moderne. Pour acquérir il faut posséder *pro suo;* un simple fait n'a aucune portée légale et ne saurait engendrer aucun droit. Ces édits étant la reproduction à peu près littérale les uns des autres, il suffira d'en extraire quelques notions générales que nous empruntons à celui du mois de mai 1771 relatif aux provinces de Flandre; il est reproduit *in extenso* dans le *Répertoire* de Merlin, sous la rubrique : vaine pâture, p. 403.

73. Tous ces documents législatifs sont dominés par cette idee, que la tolérance est l'origine et la cause première de l'établissement de ces servitudes. Cela explique pourquoi elles sont en principe supprimées sans indemnité, qu'elles disparaissent par le fait de la clôture ou la suppression du parcours; ce qu'une loi générale ou locale a introduit, une autre peut le supprimer purement et simplement, sans porter une atteinte sérieuse aux droits acquis. Cela s'applique non seulement à la vaine pâture ordinaire mais même, d'après l'art. 7 de l'édit de 1771, aux prairies naturelles qui deviennent communes à tous les habitants soit immédiatement après la récolte des premières herbes, soit dans tout autre temps. Sous ce rapport toutefois l'édit fait ressortir une distinction capitale. Si la servitude n'a d'autre base qu'au usage local, elle sombre par le seul effet de la clôture ou de l'abolition du parcours. Est-elle au contraire fondée sur un titre particulier émanant du maître du sol; elle constitue une espèce de *copropriété* dont le propriétaire ne peut être dépouillé sans son consentement. Dans ces conditions, le législateur s'incline et poursuit par une autre voie la réalisation de ses projets. Les porteurs de titres, qu'ils aient un caractère public ou privé, sont mis en demeure de les produire et un délai d'une année est imparti pour fournir les justifications requises par devant les juges des lieux.

Les paroisses qui n'utilisent pas ces délais *sont déclarées déchues pour toujours, de tous droits et prétentions sur toute espèce de regain des dites prairies* (art. 7) : et ce nonobstant

Digitized by Google

toute possession et usage contraires auxquels il est expressément dérogé.

Si les titres sont produits et qu'ils justifient la réclamation, l'ordonnance établit un nouveau mode de jouissance qui, s'il ne constitue pas un rachat précis et direct, en est au moins le préliminaire. » Dans le cas, dit l'art. 8, où les communautés justifie-« raient par des titres du droit qu'elles ont au regain des dites « prairies, voulons... qu'à l'avenir les mayeurs (maires) et gens « de loi d'icelles soient tenus de traiter des dits regains avec les « propriétaires de la première herbe... si mieux ils n'aiment à « procéder de concert entre eux, à l'adjudication des dites prai-« ries... pour le prix en provenant être distribué, savoir les « deux tiers à ceux qui ont droit aux premières herbes; et « l'autre tiers à ceux à qui le regain appartient. »

La faculté de clôre ses héritages étant proclamée dans des termes très généraux, et tous usages contraires abolis, on avait soutenu, non sans raison, que la renclôture devenait, dans toute la France, un principe de droit commun. Mais tenant la vivacité des usages locaux, attestée par le préambule de notre ordonnance, l'uniformité se fut fait attendre longtemps encore, si la loi rurale ne l'avait imposée d'une manière absolue. Ajoutons avec l'art. 3 que la clôture, si favorable qu'elle soit, ne saurait entraver la circulation ni l'exercice des autres pâtures. Il est donc enjoint « de laisser les chemins et sentiers nécessaires pour la circulation du bétail et animaux usagers; et aussi pour faciliter les travaux des champs et l'enlèvement des récoltes de toute nature. » Bien que cette prescription ne soit pas reproduite par la loi rurale, elle est toujours en vigueur, soit parce qu'elle tient à la nature des choses, soit parce que l'art. 696 du Code civil déclare que lorsqu'on concède une servitude on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user, dans l'espèce la faculté de passer et de circuler.

74. Le parcours, nous l'avons déjà dit (n° 58), est soumis à la réglementation qui gouverne la vaine pâture; ici seulement ce sont deux municipalités qui se trouvent en présence et recherchent en commun d'en tirer profit. Leur action est circonscrite par la loi et les usages qu'elle maintient; c'est à leurs lacunes et

Digitized by Google

plus encore aux détails d'exécution que les arrêtés sont appelés à pourvoir. Ils ont surtout trait aux animaux exclus ou admis, à la quote-part allouée à chaque usage, à la surveillance à exercer, aux mesures à prendre pour empêcher les fraudes en prohibant, par exemple, le pâturage de nuit, en prescrivant l'emploi de sonnailles, en atténuant enfin, le plus possible, les inconvénients de ces servitudes dont, de toute part, on réclame la suppression.

Ces arrêtés, il ne faut pas les perdre de vue, constituent des actes administratifs qui, sauf pour l'application de la peine, sont du ressort exclusif de l'autorité administrative. Si le mode de répartition, les admissions ou les forclusions suscitent des difficultés, c'est à elle qu'il faut s'adresser, en commençant au début, par le préfet auprès duquel on peut insister pour qu'il refuse son approbation, ou la subordonne en tout ou en partie aux rectifications requises. Si des obscurités se sont glissées dans le corps de l'acte, c'est encore par cette même voie qu'on parvient à les dissiper. S'agit-il au contraire de titres anciens, ou de contestations entre particuliers, les tribunaux ordinaires sont d'une manière absolue compétents pour les interpréter et les appliquer. Au point de vue de la répression, c'est l'intensité du châtiment qui règle la compétence et la juridiction. Edictée par des arrêtés municipaux, la peine aboutit aux tribunaux de simple police; si elle découle d'anciens règlements ou de nos lois modernes, elle est, suivant sa nature et sa sévérité plus ou moins grande, infligée par les tribunaux correctionnels ou de police rigoureusement renfermés, par la législation moderne, dans leur sphère propre, nos tribunaux actuels ne pourraient, sans excès de pouvoirs, statuer par voie générale ou réglementaire; leur mission se borne à faire respecter ces arrêtés, du moment où ils sont conformes aux prescriptions législatives ou réglementaires.

Telles sont les données générales qui doivent présider à l'examen des dispositions répressives de la loi rurale, qui toutes ont trouvé place dans son titre second, le premier étant absolument muet à cet égard et ne contenant l'infliction d'aucune peine. Il va sans dire que le garde champêtre, agent rural par excellence, a qualité pour constater toutes les infractions classées dans ces différentes catégories.

Digitized by Google

75. Les prescriptions et prohibitions de toute nature n'ont de valeur qu'en tant qu'elles sont pourvues d'une sanction pénale pour les faire respecter. Les usagers, qui ne veulent pas être constitués en contravention, doivent se renfermer exactement dans le cercle tracé par la loi. Sans revenir sur ce que nous avons déjà exposé (n° 59) à propos de la vaine pâture, il suffira de rappeler ici quelques détails qui se rattachent plus particulièrement au parcours.

Notons tout d'abord que les animaux admis au parcours sont ceux-là seulement, que les propriétaires et fermiers destinent à leur exploitation, qu'ils les possèdent à titre de colon partiaire, de métayer ou de cheptelier; ce qui est formellement exclu c'est le bétail entretenu pour alimenter un négoce, une industrie, ou simplement détenu à titre locatif pour le compte d'autrui, nombre de coutumes étaient formelles à cet égard [1].

En second lieu il faut se préoccuper très sérieusement de la limite du parcours et respecter cette ligne idéale, qui le plus souvent part du clocher et divise le territoire en deux parties distinctes; ceux qui la franchissent encourent la peine du ban, ainsi que le déclare expressément l'art. 103 de la coutume de Chaumont. L'art. 169 de la coutume de Troyes, prévoit trois hypothèses distinctes : 1° Le troupeau municipal dirigé par son pâtre franchit cette ligne, il s'expose à être condamné à soixante sols tournois d'amende. 2° S'agit-il d'un troupeau appartenant à un particulier, l'amende est réduite à cinq sols, le bétail étant, dans ce cas, moins nombreux. 3° Enfin bêtes demeurant *au giste* et à garde faites outre les dits clochers auront l'amende arbitraire [2]. » Il est évident que pour être constitué en contravention, il fallait alors, comme aujourd'hui, que le troupeau, ou tout au moins la plus grande partie eût sensiblement franchi la ligne de démarcation, quelques bêtes isolées ne sauraient suffire; le berger en les rame-

[1] Voir notamment les coutumes de Mons (chap. 53, art. 17), d'Acs, tit. 11, art. 29 et aussi celle de Péronne, tit. 1, art. 10 dont le texte est reproduit ci-dessus n° 50 et art. 15, loi de 1791, sect. IV.

[2] Cet art. 169 est en contradiction manifeste avec l'opinion de ceux qui veulent que la servitude de parcours implique le droit d'avoir sur les immeubles assujettis une cabane pour remiser le bétail. V. *suprà*, n° 65.

Digitized by Google

nant au plus vite montre clairement que l'intention délictueuse fait défaut. En procédant autrement on rendrait impossible la dépaissance sur les finages du parcours. Une dernière considération qu'il ne faut pas perdre de vue a trait aux objets mis en défends; pour qu'un héritage soit défensable et puisse légitimer une condamnation à l'amende, il doit en, principe, être *clos et bouché*; autrement, dit la coutume de Vastang (chap. 8, art. 20) : « Si par échappée les bêtes y entraient, ne seraient amendables les dites bêtes. » La coutume d'Auvergne (ch. 28, art. 1), après avoir posé la règle générale et infligé soixante sols d'amende à ceux qui l'enfreignent, permet « de laisser le bétail pour le méfait ; sinon que le bétail fût trouvé pâturant par cas fortuit ou d'échappée et qu'il eût suite [1]. »

76. Lorsque la réglementation ordinaire faisait défaut, se trouvait incomplète ou insuffisante, les conseils municipaux, les gouverneurs ou intendants des provinces, voire même les parlements avaient qualité pour intervenir et formuler les modifications requises. Donnons quelques indications rapides sur les uns et les autres.

1° *Le Conseil municipal* représente les usagers ; de tout temps il a eu la parole le premier à l'effet de régler les conditions et d'établir les bases sur lesquelles repose l'exercice de ce droit. Si la paroisse est investie des franchises communales, son action est prépondérante ; mais toute autre était la situation lorsque les habitants soumis à l'autorité directe du seigneur, ne pouvaient procéder que sous son bon vouloir ; il fallait alors tenir compte des exigences de ce dernier et accorder les deux éléments pour arriver à une sérieuse réglementation des pâturages. On conçoit plus fa-

[1] Disons, en passant, que cet article fournit un argument décisif en faveur de l'interprétation que nous donnons de l'art. 12, tit. 2, de la loi rurale et ébranle de plus fort la jurisprudence qui érige le simple abandon en délit. Merlin n'a-t-il pas dit (v° *vaine pâture*, § 5) « qu'une échappée de bestiaux n'est pas un délit. » Ces textes établissent encore la survivance de l'abandon noxal, qui constitue un argument non moins sérieux en faveur de cette thèse que j'ai développée dans la *Revue pratique* (année 1879, t. 45, p. 551). C'est donc par voie de police municipale seulement que ces écarts devraient être réprimés.

Digitized by Google

cilement après cela l'intervention des parlements et des gouverneurs, ils pacifiaient ou prévenaient des luttes, étendaient ou restreignaient les prohibitions et les munissaient d'une sanction pénale qui parfois avait le tort d'être trop rigoureuse. Si ces agissements ne supprimaient pas les antiques et très respectables prérogatives des anciennes assemblées communales, il n'est pas moins évident qu'on leur portait une rude atteinte, les prescriptions de cette nature devant être subies bon gré malgré, et ne pouvant être rapportées que par ceux dont elles émanaient. C'est sans doute en souvenir et par respect du passé, que tout ce qui a trait au parcours et à la vaine pâture, a été maintenu dans les attributions de nos conseils municipaux; en laissant de côté les maires, bien que la police rurale soit aujourd'hui placée dans leurs attributions.

2° *Les gouverneurs ou intendants* des provinces comme représentants du souverain avaient le droit, dans leurs circonscriptions respectives, de s'occuper de tout ce qui se rapportait à la police et à la sûreté générale; ils rendaient, parfois même de l'ordre du roi ou des ministres, des ordonnances qui s'étendaient à tous les services publics. Celles qui, en tout ou partie, touchaient à notre sujet, ne sont pas rares; chaque province avait les siennes, les développements qui précèdent et ceux qui vont suivre le prouvent surabondamment.

3° *Les Parlements*, à une époque où tous les pouvoirs étaient plus ou moins confondus, faisaient des incursions dans le domaine législatif et s'attribuaient les mêmes prérogatives, dont ils usaient fréquemment soit d'office, soit à la requête du procureur général. L'action incessante de l'autorité judiciaire assurait à ces actes quelque vitalité, ce qui n'empêchait pas qu'ils ne fussent, comme les règlements administratifs, bien souvent oubliés ou méconnus, et qu'on ne dût parfois les rappeler au souvenir des justiciables pour en faciliter l'exécution. Ces documents qui tendaient à réparer les abus signalés par la pratique de chaque jour, s'étendaient parfois aux maladies contagieuses du bétail, comme l'arrêt du parlement de Paris du 24 mars 1745 déjà cité, ou l'ordonnance de l'intendant de la généralité de Paris du 8 juin de la même année (Lapoix, t. III, p. 465). Bien souvent ils avaient

Digitized by Google

trait à l'exercice des droits de compascuité et s'occupaient des animaux à y introduire, de la répartition des pâtures entre les différentes espèces de bestiaux, avec interdiction sous peine d'amende de sortir du canton qui leur était spécialement affecté ; lequel, par voie de conséquence, devait, lui aussi, être respecté par les autres usagers. L'un des derniers et peut-être le plus important de tous est l'œuvre du parlement de Paris ; il fut délibéré par cette Cour il y a plus de cent ans, c'est-à-dire le 30 novembre 1785 [1].

La peine, à raison de son intensité, contrastait avec celle du ban ; les amendes, rarement inférieures à 20 livres, s'élevaient jusqu'à 100 et 500 livres, parfois même elles dépassaient ce dernier chiffre. On édictait, en outre, des responsabilités civiles plus ou moins rigoureuses dont quelques-unes sont recueillies par la loi rurale ; citons spécialement celle qui se rattache à la contagion du bétail, consignée dans l'art. 19 de notre section.

77. A un autre point de vue ces règlements avaient une incontestable valeur ; s'appliquant à des circonscriptions fort étendues, ils s'imposaient à toutes les communautés co-usagères des droits de parcours, ce qui permettait d'unifier quelque peu les usages et d'introduire d'utiles réformes que des rivalités de clocher eussent indéfiniment tenu en échec. C'est surtout à ce point de vue que ces actes doivent être envisagés. Ces règlements administratifs ou judiciaires tous faits *sous le bon plaisir du roi*, étaient réputés son œuvre, ils avaient force de loi et les municipalités étaient obligées de les subir, sans pouvoir, en aucune façon les modifier ; et bien qu'aujourd'hui elles soient directement investies du pouvoir réglementaire, la situation reste à peu près la même. Les préfets, dont l'initiative est nulle, en cette matière, n'ont pas non plus qualité pour agir ; leur intervention, à cet égard, serait arbitraire et illégale, ainsi qu'il a été décidé à l'encontre du préfet du Gard, qui avait cru pouvoir rectifier des règlements sur le parcours émanés du parlement de Toulouse en

[1] Il est rapporté *in extenso* par Henrion de Pansey, *Biens communaux*, p. 373. V. aussi Merlin aux mots *Parcours* et *Vaine pâture*. Lapoix, *passim* et t. III, p. 469-475. Cappeau, t. I, p. 61-67.

Digitized by Google

1673 et 1739, son arrêté fut annulé par une ordonnance rendue en Conseil d'État le 22 juillet 1818 ; elle déclare que le roi seul avait le droit de réformer les actes de cette nature. Fournel qui rapporte ce précédent dans son *Traité du voisinage* au mot *Parcours* (p. 374), en conclut que ces monuments législatifs subsistent tant qu'ils ne sont pas régulièrement réformés.

En principe cette déduction est logique, mais dans quelle limite faut-il la renfermer ? Telle est la difficulté dont on ne paraît guère s'être préoccupé. Comme élément de solution, il faut rappeler d'une part, que l'art. 13, ci-dessus transcrit, veut qu'à défaut d'*usages constants*, le conseil de la commune fixe pour chaque usager, la quantité de bétail qu'il est autorisé à introduire aux compascuités ; et d'autre part, que l'art. 1er de la même section laisse à chaque cultivateur une liberté entière sur la quantité des animaux et le choix des espèces qu'il croit devoir élever. Il ressort de là que les anciennes prohibitions et restrictions, quelle que soit leur origine, n'ont plus de valeur et que les conseils municipaux sont, au point de vue des admissions, investies d'une liberté à peu près illimitée. Tout donc porte à croire que la vaine pâture est presque partout régie par des arrêtés postérieurs à la loi rurale. Les coutumes qui admettaient indistinctement au vain pâturage tout le bétail nourri pendant l'hiver, font-elles exception ? Elles ont pu, à la rigueur, s'abstenir pendant quelque temps ; mais à la longue la nécessité de ne pas épuiser les pâturages, de sauvegarder les droits des prolétaires, voire même de substituer les nouvelles mesures aux anciennes, ont dû pousser à édicter des règlements nouveaux plus en harmonie avec les idées modernes ; ils seront réguliers et exécutoires pourvu qu'ils ne se heurtent pas contre les réserves formulées dans l'art. 13.

78. C'est donc en matière de parcours surtout, et alors que plusieurs communes sont en cause, que les anciens règlements interviennent et exerent une action prépondérante ; leur exécution s'impose tant que le chef de l'Etat n'a pas jugé convenable de les rapporter. Ce droit est-il absolu et illimité? Sous ce rapport les difficultés ne sont pas moindres. L'ancien régime concentrait sur la tête du souverain tous les pouvoirs ; le roi était à la fois législateur, administrateur et même juge suprême. Cette confusion

Digitized by Google

n'existe plus aujourd'hui et le chef de l'Etat n'est investi que du pouvoir exécutif. Si donc le règlement dont s'agit, renferme des prescriptions législatives, rigoureusement elles ne peuvent être modifiées que par le pouvoir législatif. Toutefois comme les règlements de cette nature touchent presque à tout, en vue d'éviter des complications sans fin, on admet assez facilement qu'ils puissent être rétractés par le chef de l'Etat. Faut-il aller plus loin et lui permettre de les remanier en substituant une injonction à une autre? Ici encore nous avons en perspective de nouvelles controverses. Le pouvoir réglementaire étant dévolu au corps municipal, il est naturel de croire qu'il ne peut être normalement exercé que par lui. Le pouvoir exécutif, chargé de veiller à la sécurité et à la tranquillité publique, peut certainement prendre les mesures requises pour atteindre ce but. Le parcours mettant aux prises plusieurs communes et pouvant, suivant les cas, susciter des troubles et des désordres, ne devrait-il pas figurer dans cette catégorie? Il est bien permis de le supposer, et un décret rendu dans ces conditions aurait de grandes chances d'être respecté.

A quelque point de vue qu'on se place, toutes ces questions sont épineuses; le législateur de 1791 aurait dû s'en préoccuper d'autant mieux, que les actes de cette nature abondaient à cette époque. En conservant le parcours fallait-il au moins établir un moyen de mettre un terme aux débats parfois irritants qui surgissent entre les communes usagères. On ne conçoit guère qu'il se soit montré moins prévoyant que l'ancienne jurisprudence. En confiant, suivant les circonstances cette mission au préfet, au ministre et au besoin au chef de l'Etat, on profiterait de l'expérience du passé, tout en faisant une juste application des principes de notre droit moderne. Si contre toute attente le Code en cours d'élaboration maintient le parcours, il devra au moins mettre un terme à ces controverses.

79. Pour compléter nos développements sur ce point, demandons-nous si un arrêté une fois devenu exécutoire peut être révoqué par une autre autorité que celle dont il émane? En d'autres termes, les préfets, supérieurs hiérarchiques des maires, ont-ils qualité pour suspendre ou révoquer d'office un arrêté contre lequel ils n'ont, à son apparition, élevé aucune objection, ou

Digitized by Google

qu'ils ont même expressément approuvé? Cette question est, à mon avis, la plus délicate que puisse soulever ce sujet. En général on la tranche en faveur des préfets érigés de la sorte en censeurs perpétuels de la réglementation municipale, qu'ils pourraient, à leur gré, suspendre ou supprimer. Dans un récent ouvrage sur la loi municipale du 5 avril 1884 un professeur distingué de l'école de droit de Paris, M. Ducrocq, s'exprime ainsi au cours du § 4 consacre aux actes des maires. « Il faut remarquer que le droit d'annulation, exclusivement conféré au préfet (Conseil d'Etat, 14 décembre 1854), est indéfini, sans restriction de temps, qu'il peut être exercé à toute époque (circ. minist. 1er août 1840, nos 2 et 3), nonobstant une approbation antérieure donnée par le préfet (Cons. d'Etat, 11 août 1859; Cassation, 25 novembre 1859, *Bassière*), sous la réserve des droits acquis par l'exécution d'un arrêté municipal avant son annulation. »

La Cour de cassation s'étant prononcée dans le même sens, cet accord entre l'administration et la justice laisserait supposer que la solution est à l'abri de toute controverse; il n'en est rien cependant, et je la trouve, pour ma part, essentiellement contestable. L'art. 95 de la loi nouvelle qui, en ce point, reproduit exactement l'art. 11 de la loi du 18 juillet 1837 est ainsi conçu : « Les arrêtés pris par le maire sont immédiatement adressés au sous-préfet... ou au préfet. Le préfet peut les annuler ou en suspendre l'exécution. » En interprétant cet article à l'aide des dispositions qui précèdent ou de celles qui suivent, il est facile de se convaincre qu'il a en vue la mise en pratique plus ou moins rapide de ces arrêtés, sans trop se préoccuper de ce qui peut advenir ultérieurement. C'est au préfet, alors en fonction, qu'est dévolue cette prérogative; il apprécie l'utilité et l'opportunité de la mesure, il peut s'en rapporter à ses propres lumières, ou bien encore, s'il éprouve des hésitations, en référer au ministre son supérieur hiérarchique; l'art. 95 lui accorde un mois de réflexion, ce n'est qu'à l'expiration des 30 jours qui suivent la date du dépôt de l'arrêté, qu'il devient de plein droit exécutoire. La loi, au surplus, donne au préfet le moyen de parer à toutes les éventualités. Son silence prolongé équivaut à une adhésion; est-il envahi par le doute, il lui est loisible en suspendant l'exécution de l'ar-

Digitized by Google

rêté de se donner un plus long délai pour réfléchir. L'art. 95 lui laisse, sous ce rapport, une liberté entière, tandis que l'art. 18 de la loi de 1837 limitait le sursis à un autre délai de 30 jours. On peut enfin aboutir à la troisième hypothèse, c'est-à-dire à l'annulation par le préfet de l'arrêté municipal. Si le règlement franchit tous ces écueils et devient exécutoire, est-il définitif, ou bien peut-il ultérieurement, à une époque quelconque, être encore suspendu ou révoqué? Et l'affirmative qui ne ressort pas directement du texte de la loi, serait-elle une conséquence nécessaire des termes dont elle se sert? La question est capitale et mérite, sous cet autre aspect, un examen sérieux.

Le seul argument que l'on invoque au soutien de cette opinion se réduit à ceci : L'art. 95 ne limitant aucunement le temps pendant lequel il est permis d'user de cette prérogative, on peut en faire usage à toute époque, sans restriction de temps ni de lieu. Cet argument n'a, selon moi, qu'une faible valeur; le texte s'occupe uniquement de la mise en vigueur des arrêtés municipaux, sans songer à l'avenir qui échappe à tout le monde. Les législateurs grands ou petits sont toujours là pour aviser. Si l'art. 95 avait voulu prévoir cette éventualité, non seulement il l'aurait déclaré, mais il eût, sans doute, prescrit certaines mesures pour en assurer le fonctionnement. Cette assertion n'est pas purement gratuite, pour s'en convaincre il suffit de se référer aux art. 63 et suivants de la même loi, qui organise un système destiné à faire prompte et bonne justice des irrégularités et des illégalités contenues dans les délibérations des conseils municipaux. Et l'on voudrait qu'un règlement qui a pris place parmi les lois locales, puisse disparaître par un simple acte de la volonté d'un préfet quelconque, même de ceux venus après la promulgation de cet arrêté? cela n'est pas admissible. Le maire a procédé comme délégataire du pouvoir législatif, il faut donc le traiter avec tous les égards possibles. Si cet arrêté est devenu inutile ou même dangereux, il faut mettre le fait en lumière et provoquer une rétractation, ou tout au moins, une modification, c'est en cas de résistance seulement qu'une intervention de l'autorité supérieure peut se justifier. On concevrait alors qu'après une mise en demeure infructueuse l'administration pût suspendre l'arrêté en at-

Digitized by Google

tendant qu'il fut statué, au fond, par un décret rendu en Conseil d'Etat. De cette façon on désarme la critique, tout en laissant fort peu de prise aux intrigues locales et aux rivalités politiques.

80. Le mot *annuler* dont on se prévaut si fort qui a, en droit civil, une acception précise et rigoureuse, est loin d'avoir dans le langage administratif la même précision; il est au contraire d'un vague et d'une élasticité sans égale; on l'applique même à ce qui n'a pas encore une existence légale. Ainsi on annule des délibérations de conseils municipaux, ou des arrêtés rendus par des maires avant qu'ils soient devenus exécutoires; on annule même de simples vœux qui sortent de la sphère d'action de ceux qui les émettent. En ce qui nous concerne l'annulation est surtout préventive, par la raison fort simple que nombre de délibérations de ces conseils et même d'arrêtés des maires sont exécutoires de plein droit, après l'expiration d'un certain délai. L'administration peut tout d'abord les suspendre, sauf à les annuler ensuite si ses préventions subsistent. Ce mode de procéder est une conséquence naturelle du formalisme administratif; une délibération prise ou un arrêté formalisé doivent être transcrits sur des registres spéciaux où l'on constatera qu'ils ont franchi toutes les étapes et acquis force exécutoire, ou bien que l'administration les a saisis et arrêtés au moment où l'on se disposait à dresser leur acte de naissance.

S'agit-il des délibérations énumérées dans l'art. 68 de la loi de 1884, qui ne sont exécutoires qu'après l'approbation préfectorales? ici la situation est claire et nette, l'adhésion du préfet est une condition *sine qua non* qui les tient en échec aussi longtemps que cette approbation ne leur est pas expressément concédée. Comment admettre cette formalité remplie, que le préfet puisse revenir sur ses pas et rétracter son approbation? Cette liberté illimitée qui lui permettrait de démolir tout seul ce qu'il aurait contribué à édifier ne se conçoit guère, elle est en contradiction manifeste avec le texte et l'esprit de la loi. L'art. 95 n'a évidemment trait qu'à la mise en vigueur de ces arrêtés; si l'on avait voulu être plus compréhensif et donner une plus grande portée au second membre de phrase, il eût été facile de le déclarer par cette simple adjonction *en tout cas* ou *en tout état*

Digitized by Google

de cause. Mais alors en présence de cet arbitraire absolu, à quoi bon fixer des délais ? J'ajoute que cette interprétation se heurte également contre l'art. 69 de la même loi, qui veut que certaines de ces délibérations, notamment celles qui ont trait à la vaine pâture, soient approuvées en Conseil de préfecture ; et ces actes pour lesquels on exige un surcroît de garanties, seraient ultérieurement abrogés par la seule volonté du préfet ? Cela n'est pas admissible et prouve de plus fort qu'on a donné à l'art. 95 une extension démesurée.

En veut-on une autre preuve ? Je la tire des prescriptions de la loi vis-à-vis des maires. D'après l'art. 86, ils peuvent être suspendus par le préfet, mais le chef de l'État seul a le droit de les révoquer. Or, comment admettre que les arrêtés qui sont pris en vertu d'une délégation législative, soient moins protégés que la personne du fonctionnaire qui, à vrai dire, n'est qu'un agent du pouvoir exécutif ? En poussant dans ses dernières limites le système que nous critiquons on serait autorisé à conclure qu'à un moment donné, toute la réglementation municipale pourrait être abrogée par une personne qui n'aurait pas même qualité pour la remplacer. Une interprétation qui aboutit à de pareils résultats est jugée et condamnée.

Disons néanmoins que dans tous les cas où l'arrêté devient exécutoire de plein droit, à l'expiration du délai d'un mois imparti par l'art. 95, l'annulation peut avoir sa raison d'être. Le préfet dont l'appréciation est hésitante finit, à la dernière heure, par improuver l'arrêté. La notification de cette décision se faisant avec cette sage lenteur qui caractérise notre bureaucratie, n'arrivera probablement que plusieurs jours après l'expiration du délai légal, et l'arrêté déjà exécuté, de très bonne foi, se trouvera forcément frappé de nullité. Avec un peu plus de diligence, cet écueil pourrait être évité ; il suffirait d'enjoindre au préfet de notifier sa décision à la commune intéressée, soit le dernier jour du délai, soit au moins le lendemain ; on écarterait de la sorte, toutes les questions de rétroactivité que ces actes peuvent faire surgir.

On insiste, il est vrai, et on nous oppose l'art. 46 de la loi correctionnelle du 19-22 juillet 1791, qui soumet les actes de

Digitized by Google

cette nature à la réformation, s'il y a lieu, par l'administration du département. Cet argument n'a plus, aujourd'hui, aucune valeur; les assemblées communales étaient placées, à cette époque, sous la surveillance d'un corps également électif, le directoire du département investi du droit de réviser et de contrôler les décisions émanées des conseils municipaux de leur circonscription. Ce système intimement lié à une organisation transitoire, a disparu avec elle; et toutes les tentatives faites depuis lors pour l'introduire de rechef dans les lois subséquentes, ont échoué, ainsi que le constate M. Ducrocq lui-même. A quelque point de vue qu'on se place, ce précédent est sans valeur. Les préfets peuvent toujours écarter et au besoin annuler un arrêté municipal, mais ils n'ont pas qualité pour l'amender ou le réformer. Le directoire, qui était expressément investi de cette dernière prérogative, aurait-il pu annuler ces délibérations? Tout porte à le croire, bien que la loi de 1791 ne soit pas formelle à cet égard.

81. Faisons l'application de ces idées à la loi rurale et spécialement au parcours et à la vaine pâture. Les délibérations sur ces points doivent émaner du conseil municipal, et c'est l'approbation seule qui les rend exécutoire (art. 68). Du moment où elle est concédée, rien dans la loi ne permet de supposer qu'elle puisse être rétractée; l'art. 69 ne dit pas comme l'art. 95 que le préfet peut les annuler. Ceux-là même qui admettent l'opinion que nous venons de réfuter, devraient établir une distinction entre les deux hypothèses et reconnaître que l'art. 69 ne cadre pas avec une pareille supposition. Le maire ne joue ici qu'un rôle effacé, il fera le nécessaire pour que la délibération devienne exécutoire, et pourvoira, au besoin, d'une sanction pénale les prohibitions qu'elle contient.

S'agit-il d'arrêtés pris par le maire, en conformité des art. 95 et suivants de notre loi; pour ceux-là l'approbation n'est pas requise, ils sont exécutoires de plein droit, si dans le délai d'un mois, à partir du dépôt, le préfet ne les a pas suspendus ou annulés. Malgré cela, cette catégorie est la plus importante, puisqu'elle comprend les arrêtés relatifs à la police rurale et municipale, en un mot, tout ce qui a trait à la salubrité, à la sûreté et à

Digitized by Google

la tranquillité publique. Or, comme dans un bon nombre de cas, il peut y avoir *urgence*, aux termes de l'art. 95, il est loisible au préfet de ne pas attendre l'expiration du délai légal et d'*autoriser l'exécution immédiate*. Serait-ce à titre de compensation qu'on lui aurait permis de revenir sur son adhésion? Si cette pensée était venue au législateur, il n'eût pas manqué de la formuler et aussi de limiter son application. Son silence, à cet égard, ne laisse aucune prise à l'équivoque. Les inconvénients, quoiqu'on en dise, n'ont qu'une portée restreinte ; ce sont ceux qui surgissent en face d'une loi surannée qui a fait son temps. Ici seulement le remède est à côté du mal, le maire peut à l'instant rectifier ce qui ne souffre aucun retard ; ce qui est moins urgent viendra à son heure. Je ne m'arrête pas à l'objection fondée sur la résistance des maires ; l'autorité a trop d'influence sur eux, quels qu'ils soient, pour que cette opposition soit durable; ils ont d'ailleurs à compter avec l'opinion publique ; si elle est favorable à la réforme, force sera bien de se soumettre ou de se démettre.

Se trouve-t-on, au contraire, en présence d'un engouement passager, ou de rivalités locales, mieux vaut encore se heurter contre un obstacle sérieux qui laissera le temps de réfléchir, d'apprécier de sang-froid la valeur intrinséque de la mesure, et fournira à tout homme impartial, les éléments requis pour se décider en parfaite connaissance de cause.

Nous ne perdons pas de vue que le préfet a qualité pour prendre, en matière de police, des arrêtés exécutoires dans tout le département. Mais il ne faut pas non plus oublier que l'art. 99 limite ce droit : « Dans les cas où il n'y a pas été pourvu par l'autorité municipale [1]. » Outre que de ce chef, la récolte ne saurait être abondante, les préfets seront impuissants à y puiser un argument décisif en faveur d'un droit indéfini d'annulation. A vrai dire même cet argument peut être rétorqué contre eux, du moment où ils ne peuvent intervenir qu'après que l'autorité

[1] L'art. 99 ajoute ce qui suit : « Ce droit ne pourra être exercé par le préfet à l'égard d'une seule commune, qu'après une mise en demeure au maire, restée sans résultat. »

Digitized by Google

municipale a été mise en demeure d'agir. Je persiste donc à croire que lorsque un arrêté a pris place dans la législation locale, il ne peut plus, en principe, disparaître sans le concours de l'autorité municipale. Pour qu'il en fût autrement il faudrait un texte formel autorisant ce retour offensif, et permettant d'en référer au chef de l'État qui représente, chez nous, la plus haute expression du pouvoir réglementaire. Avec notre organisation actuelle, cette modification est-elle nécessaire? Pour ma part, je n'hésite pas à répondre négativement. Les conflits de cette nature sont si peu à redouter que ce n'est pas la peine de les prévoir.

82. Ne perdons pas de vue que cette réglementation trouve son complément dans les ordonnances et arrêtés rendus par les fonctionnaires de l'ancien régime : parlements, gouverneurs, intendants, lieutenants de police, grands-voyers même, tous apportaient leur contingent et prescrivaient, à l'occasion, des mesures touchant de près ou de loin à la police et aux travaux des champs, aux cultures, aux bestiaux et à leurs maladies. C'est de cet arsenal passablement vaste, qu'on extrait un bon nombre de prescriptions qui, aujourd'hui encore, continuent à être en vigueur. Par suite de la concentration de tous les pouvoirs sur la tête du souverain, ces actes, qu'ils fussent législatifs, administratifs ou même judiciaires, étaient réputés son œuvre, et ne pouvaient être rétractés que par lui. Saint-Louis rendant la justice sous les chênes de Vincennes est l'idéal de cette conception, à bon droit condamnée par nos lois modernes, parce qu'elle conduit au pouvoir absolu et à la destruction de toutes les libertés.

L'origine et le caractère propre de cette réglementation, lui impriment donc une stabilité plus grande et la met, aujourd'hui encore, à l'abri des atteintes de l'autorité municipale et départementale. Toutes les tentatives faites par les préfets, pour les modifier ou les remplacer, n'ont abouti qu'à prouver leur impuissance et à mettre en relief la prérogative du chef de l'État. Cette donnée, nous l'avons déjà dit, doit être renfermée dans de justes limites; elle ne saurait entraver la réglementation simple dévolue au maire ou au conseil communal, tout ce qui a trait à la dépaissance ordinaire est réglé par eux sans se préoccuper des

Digitized by Google

restrictions et prohibitions antérieures, aujourd'hui balayées par le souffle libéral de la loi de 1791. Celles de ces mesures qui, en l'état, pourraient encore nous arrêter, ont trait à certaines injonctions relatives à la police rurale en général, au parcours qui met en contact plusieurs communes, et à quelques rares pénalités non remplacées par la loi moderne. En pareille occurrence il faut s'incliner et mettre les pouvoirs publics en demeure d'apprécier et de juger.

83. En ce qui touche les pénalités, disons en passant que les peines arbitraires trop souvent prononcées par les ordonnances des siècles derniers, n'ont plus cours aujourd'hui et sont définitivement abrogées par notre législation moderne. Au point de vue criminel cela ressort très clairement de l'art. 35 (tit. Ier) du Code pénal de 1791 ; et sous le rapport des délits, de toutes les lois correctionnelles élaborées à cette époque, et plus encore du Code des Délits et des Peines du 3 brumaire an IV, qui répartit les infractions en différentes catégories et spécifie la nature des châtiments à leur infliger sans tenir compte des peines arbitraires. Cette solution est enfin confirmée par un avis du Conseil d'Etat du 3 pluviôse an X (23 janvier 1802).

Le principe une fois posé, la peine arbitraire disparaît, mais alors comment la remplacer? Si elle apparaît comme simple aggravation, on la supprime et le tribunal inflige celle qui reste; mais que faire si le texte n'en prononce pas d'autres ? La rigueur juridique veut qu'alors que s'il s'agit d'un délit, on ne puisse appliquer que le minimum de l'amende de police correctionnelle soit 16 fr., ainsi que je l'ai démontré dans mon *Etude sur le Droit pénal* (nº 103). On objectera, sans doute, que la loi du 23 mars 1842 édicte, en pareille occurrence, une amende de 16 fr. à 300 fr. ; il suffira de se reporter à son texte pour se convaincre qu'elle n'a trait qu'aux infractions de grande voirie. Qu'on ait eu tort de ne pas lui donner toute l'extension qu'elle comporte, nul ne le contestera; le juge seulement n'a pas qualité pour réparer les omissions législatives, il applique la loi telle qu'elle est et non telle qu'elle devrait être. L'on regrettera, sans doute, que le méfait le moins grave subisse parfois la peine la plus forte. Cet inconvénient, quel qu'il soit, il faut le subir, si l'on ne veut pas retomber

Digitized by Google

dans l'arbitraire que le législateur moderne a voulu proscrire.

84. Le parcours, dans la pensée de ceux qui l'avaient *provisoirement* maintenu, était évidemment voué à une fin prochaine. Fournil qui fait cette remarque dans son *Traité du voisinage* au mot *parcours* (p. 365 et 385), ajoute qu'en l'an VII « sa suppression fut l'objet d'une discussion au Corps législatif qui s'est séparé sans qu'il y eût rien de résolu. » Cette tentative n'est pas isolée, elle a été suivie de plusieurs autres que nous devons également signaler.

Le projet de Code rural élaboré en 1808 donnait à ces aspirations une entière satisfaction dans ses art. 6 et 7. « Le premier défendait de mener son bétail sur le fonds d'autrui, sans l'exprès consentement du propriétaire. Et au cas où ce droit aurait été fondé *sur un titre*, le second autorisait *le propriétaire à s'en rédimer moyennant une indemnité réglée par expert*. Cette disposition qui s'appliquait au parcours et à la vaine pâture, ouvrait une large voie pour arriver à l'affranchissement de la propriété. En vue de faire droit à quelques observations critiques dirigées contre le projet, la commission y avait introduit un paragraphe permettant aux préfets de maintenir le *statu quo*, en tout ou en partie suivant les circonstances locales, et ce *jusqu'au terme de trois années*. Ce projet, qui contenait d'utiles améliorations, ne vint pas même à discussion dans l'enceinte législative.

C'est en 1836 seulement que cette question fut remise à flot. Un député, M. de Magnoncour, présenta à la Chambre élective une proposition tendant à la complète abolition de ces servitudes. Accueilli favorablement au début, ce projet subit dans les commissions de notables changements. Tout en maintenant le principe on laissait aux préfets la faculté d'en ajourner l'exécution jusqu'à cinq et même à neuf années, suivant qu'il s'agissait du parcours ou de la vaine pâture. Après deux années de discussions stériles et plusieurs rapports successifs, cette proposition fut définitivement abandonnée [1]. Par le fait, et bien que trente ans se fussent écoulés, on se montrait, sous la monarchie constitutionnelle, moins large qu'en 1808.

[1] V. Jacques de Valserres, *Manuel de Droit rural*, p. 665, où l'on trouve d'intéressants détails sur ce point.

Digitized by Google

Le second empire qui avait à cœur les intérêts matériels fut, de bonne heure, ramené vers l'agriculture. Nous trouvons en première ligne une loi du 22-26 juin 1854 qui abolit, pour la Corse, le parcours et la vaine pâture. La situation isolée et par trop tourmentée de ce département pouvait justifier cette mesure spéciale; il semble, néanmoins, que du moment où la question était soulevée il aurait mieux valu la trancher d'une manière définitive et uniforme pour tout le sol français. On préfera, à cette époque, aller au plus pressé, et attendre ensuite que le mouvement qui poussait à la confection d'un Code rural, se fût accentué avec une nouvelle énergie. L'attente au surplus ne fut pas de longue durée; le Sénat en vertu de sa prérogative constitutionnelle, et en vue de poser les bases d'un grand projet de loi d'intérêt national, porta son attention sur ce point. Au cours de la session de 1858 différents rapports présentés par le comte de Casabianca et lus en séance publique, tracèrent les grandes lignes de cette œuvre considérable. Les amis de l'agriculture reprirent immédiatement courage, aussi voyons-nous que dans les années subséquentes et notamment en 1863 et 1864 des pétitions arrivèrent au Sénat pour solliciter la suppression du parcours, ou d'autres pratiques plus ou moins gênantes pour l'industrie agricole. Comme à ce moment toutes ces questions étaient agitées dans les conseils du gouvernement, ces pétitions étaient renvoyées au ministre compétent, ou écartées par l'ordre du jour [1].

85. Entre temps le travail avait marché et le projet élaboré par le Conseil d'État était, en 1868, grandement avancé. Dès 1869 des fragments, plus ou moins importants, trouvaient place dans les recueils judiciaires; utilisons-les pour mettre en relief quelques-unes des prescriptions destinées à gouverner notre sujet. Le parcours était définitivement aboli par l'art. 34 de ce projet, il ne donnait lieu à indemnité que s'il avait été acquis à titre onéreux. Ce qui étonnera, sans doute, c'est que le règlement de cette indemnité fût déféré au conseil de préfecture. L'art. 43,

[1] V. *Correspondant des justices de paix*, année 1863, p. 222, 1864, p. 405.

Digitized by Google

l'un des plus importants, a trait à la vaine pâture et pose en principe sa suppression graduelle et progressive. Les conseils généraux sont autorisés à provoquer l'anéantissement total ou partiel de cette servitude. Pour qu'il soit procédé avec maturité et en parfaite connaissance de cause, on exige que les conseils municipaux intéressés aient exprimé leur avis, et que la délibération du conseil général soit homologuée par un décret rendu en Conseil d'État. Pour être logique et faciliter l'exécution de cette mesure, le projet n'aurait-il pas dû soumettre à l'assemblée départementale l'appréciation de toutes les décisions des conseils communaux relatives à la vaine pâture? Telle est l'opinion que j'ai émise dans quelques observations critiques sur cette partie du projet [1]. En entrant dans cette voie, qui n'est peut-être pas la plus mauvaise, fallait-il au moins l'ouvrir aussi large que possible.

Quoi qu'il en soit, cette tentative ne fut pas plus heureuse que les précédentes, les événements de 1870 la frappèrent au cœur, au moment où elle était destinée à prendre place parmi les travaux législatifs.

86. Après les rudes épreuves qui ont précédé et suivi la révolution de 1870, le calme revint peu à peu dans les esprits, et ramena les hommes positifs aux travaux sérieux et de longue haleine. Le gouvernement républicain organisé par la constitution de 1876 comportait un Sénat; bien qu'il n'eût rien de commun avec celui de l'empire, il ne crut pouvoir mieux faire, sous ce rapport, que de suivre ses traces et de mettre à profit les abondants matériaux recueillis en vue de la codification de nos lois rurales. Seulement, au lieu d'attendre que l'entier projet fût élaboré et définitivement arrêté, on a procédé par fragments; c'est ce qui explique pourquoi nous avons déjà quelques lois destinées à faire partie de ce grand tout. L'année 1881 nous en fournit deux d'une réelle importance; la première rectifie certaines dispositions du Code civil relatives aux servitudes et aux privilèges; la seconde, également du 20 août, a trait aux chemins

[1] V. *Correspondant*, 1869, p. 445. Le texte du projet est aux pages 133 et 177.

Digitized by Google

et sentiers ruraux. Ce labeur s'est continué au cours des années subséquentes, on a successivement abordé le parcours, la vaine pâture, le colonnage, le métayage, les animaux domestiques, etc., mais rien jusqu'ici (fin 1887) n'est définitivement achevé. Par suite des divergences qui se sont produites entre les deux Chambres, et des amendements nombreux formulés au sein des commissions, le creuset législatif est resté silencieux; et nous craignons fort que les préoccupations politiques n'éloignent indéfiniment la solution.

Dans tous ces projets, le parcours reçoit le coup de grâce; il est définitivement supprimé; la vaine pâture seule soulève des controverses qui sont loin d'être apaisées. Le Sénat, tout en prononçant sa suppression (art. 2), concède, aux parties intéressées, le délai d'une année pour réclamer administrativement son maintien. La commission de la Chambre trouve ce procédé défectueux, elle ne veut pas que la servitude puisse revivre après avoir été supprimée. On décide donc que la loi ne sera exécutoire qu'une année après sa promulgation. Pendant ce délai, liberté entière est laissée aux communes et aux particuliers pour réclamer contre cette mesure. Si la vaine pâture triomphe et que la servitude soit maintenue, l'accord renaît et l'art. 3 déclare que le conseil municipal pourra *seul ultérieurement, après enquête* de commodo et incommodo, *en provoquer la suppression*. Ce projet est un mélange de ceux de 1808 et de 1869; les uns comme les autres libèrent les prairies naturelles. On a seulement de la peine à comprendre que la vaine pâture ait suscité de si vives controverses et qu'aujourd'hui encore on soit à son égard moins large et moins libéral qu'on ne l'était il y a quatre-vingts ans. Au milieu de ces hésitations, une réflexion bien simple eût aidé à sortir d'embarras. La vaine pâture, servitude coutumière et municipale, suivant le langage de Proudhon, est avant tout une affaire locale; si vous n'avez pas le courage de trancher dans le vif, laissez aux pouvoirs locaux le soin de poursuivre et d'achever cette œuvre réparatrice. Ce qui s'est produit pour les bans de vendanges, qui presque partout tombent en désuétude, nous permet de supposer qu'au point de vue qui nous occupe, on aboutirait rapidement à des résultats identiques.

Digitized by Google

87. Ces antiques usages sont si difficiles à déraciner qu'on serait porté à croire que de très graves motifs imposent leur conservation. Il n'en est rien cependant, et depuis plus d'un siècle qu'on disserte sur ce point, aucun argument sérieux n'a été mis en avant; tout se réduit à quelques considérations d'intérêt privé, qu'on fait prévaloir sur l'intérêt général. La prospérité agricole doit tout primer, il faut par tous les moyens possibles contribuer à son développement. Pour atteindre ce but, on déclare tout d'abord que le propriétaire est maître chez lui, et qu'il peut se livrer aux travaux et aux cultures qu'il préfère; mais on ajoute immédiatement qu'il n'est pas libre de disposer, à son gré, des herbages excrus sur son fonds après l'enlèvement de la récolte. Le motif de tout temps invoqué serait, ô amère dérision! l'intérêt du maître du sol qui, réduit à lui-même, ne pourrait pas toujours profiter des maigres émoluments dont s'agit. Partant de cette donnée, on lui impose une communauté qui, si elle n'était pas très lourde avec une agriculture rudimentaire, constitue, en l'état, une des entraves les plus sérieuses qu'on puisse opposer au progrès agronomique. Pendant le temps de la vaine pâture, le piétinement des troupeaux entrave et contrarie les travaux des champs. Les arbres, surtout ceux à fruits, craignant la dent meurtrière du bétail, ces cultures sont gênées et parfois même délaissées, par suite des entraves dérivant de la dépaissance commune. Les prairies naturelles aussi sont soumises aux déprédations des bestiaux, et une part notable de leur produit est gaspillée sans profit réel. Les parcelles mises en défense ne sont pas non plus hors d'atteinte, le voisinage des autres les expose bien souvent à de facheuses incursions. A quelque point de vue qu'on se place, ces usages sont pernicieux pour l'agriculture. Les profits qu'en retirent certaines individualités sont-ils de nature à contrebalancer ces inconvénients? Nul n'oserait le prétendre. Avec la base aujourd'hui consacrée, qui veut que chacun reçoive en proportion de ce qu'il donne, le propriétaire est à vrai dire désintéressé, volontiers il délaissera les compascuités pour se concentrer chez lui. Le sol et les herbages seront moins maltraités, les cultures se feront à propos et les récoltes aussi, nul n'ayant intérêt à les retarder pour éloigner l'exercice du vain pâturage.

Digitized by Google

Ceux qui n'ont rien ou presque rien sont plus favorisés ; la loi rurale les autorise à verser aux pâtures communes jusqu'à six moutons ou brebis, une vache et son veau : tels sont en l'état les véritables bénéficiaires de ces usages surannés. Les avantages qui en découlent sont-ils suffisants pour balancer les inconvénients déjà signalés? Ils sont, à mon avis, bien légers pour être pris en sérieuse considération. Le prolétaire qui vit au jour le jour du produit de son travail, n'a pas les ressources nécessaires pour profiter de cette immunité ; et le petit propriétaire, qui cultive un lopin de quelques ares, n'est guère plus avancé. Le capital des uns et des autres se réduit, en général, à une chèvre, un ou deux porcs, c'est-à-dire à des animaux qui, le plus souvent, ne sont pas admis aux compascuités. Les usagers de cette catégorie, s'ils ont quelque énergie et une famille vigoureuse, deviennent fermiers ou métayers et sont, en cette qualité, admis au bénéfice du parcours et de la vaine pâture.

88. Toutes ces considérations, au prétexte des droits acquis, tendent à subordonner l'intérêt public à l'intérêt privé. Une coutume locale introduite en vue de faciliter la consommation des maigres produits de la vaine pâture, ne saurait survivre aux causes qui l'ont fait naître, *cessante causa cessat effectus*. L'agronomie moderne ayant profondément modifié cet état de choses, ce qui semblait alors utile est aujourd'hui onéreux et nuisible ; on ne conçoit pas dès lors qu'on veuille toujours et quant même maintenir des usages qui non seulement n'ont plus de raison d'être, mais qui sont devenus antipathiques à toute idée de progrès. Avec la culture intensive, l'accroissement des prairies naturelles et artificielles, l'élève du bétail a pris une notable extension, chacun tient à l'avoir sous sa main. La stabulation joue un plus grand rôle, loin de nuire aux bestiaux elle les repose de longues courses en général peu fructueuses. L'alimentation par la vaine pâture est tout à fait insuffisante, elle ne fournit que des résidus de peu de valeur ; il faut, en retournant au gîte, trouver quelque part une *vive et grasse pâture* qui complète l'opération. Ce n'est que dans les herbages gras et bien fournis, qu'un troupeau parvient à ce développement qui en fait une valeur agricole et commerciale de premier ordre.

Digitized by Google

La vaine pâture livrée à elle-même n'est pas en mesure d'assurer de pareils résultats; elle ne produit que des sujets chétifs, malingres et impropres à servir de base à une industrie tant soit peu fructueuse. A quelque point de vue qu'on se place pour apprécier cette institution surannée, on lui trouve un actif léger et un passif très lourd, sa condamnation est donc imminente et son exécution ne saurait être plus longtemps retardée. On imprimera de la sorte une nouvelle et plus vive impulsion au progrès agricole, qui sera accéléré par l'entière exonération des prairies naturelles [1]. Conçoit-on que la France qui a secoué tant de préjugés reste si longtemps rivée à celui-là; et qu'elle soit avec l'Espagne son dernier asile!

Cette observation empruntée au savant agronome que nous venons de citer est complétée par les indications suivantes [2]: « Si nous jetons un coup d'œil sur ce qui se passe chez les autres peuples, nous verrons que depuis longtemps ils nous ont devancés dans la carrière. En Suisse un édit de 1591 permit à tout propriétaire de s'enclôre. Des lois analogues furent faites en 1675 pour l'Ecosse, en 1685 pour le Danemarck, en 1763 pour la Prusse, en 1767 pour la Suède. » A la page suivante Jacques de Valserres ajoute que l'exemple de l'Angleterre est tout à fait concluant

[1] Cette suppression est admise dans tous les projets; mais moins prévoyants que les ordonnances du siècle dernier, ils ne précisent pas suffisamment la portée de cette mesure. Est-elle absolue, quel est l'effet du titre, donne-t-il toujours droit à une indemnité? Ces projets, au surplus, ne s'éloignent guère des sentiers battus, et ne tranchent aucune des questions délicates soulevées par la jurisprudence. Le troupeau à part doit-il être absolument individuel, on comporte-t-il l'association de quelques voisins, parents ou amis? La latitude concédée pour la répartition du bétail usager entre les intéressés n'est-elle pas excessive et propre à favoriser le népotisme ou l'arbitraire? La prétendue indivisibilité de ces servitudes proclamée par la Cour de cassation et qui a pour résultat d'entraver le cantonnement et le rachat est-elle bien en harmonie avec l'esprit si large et si libéral de la loi de 1791? Comment se fait-il qu'on ne se soit pas même préoccupé de cette grave question, qui, en 1863, fut l'objet d'une pétition renvoyée au ministre compétent? Toutes ces questions auraient dû être résolues dans le sens le plus large et le plus conforme aux aspirations d'un législateur qui a poursuivi, sans relâche, la liberté et l'affranchissement du sol national.

[2] V. *Manuel de Droit rural*, p. 661-62, Paris, 1846.

Digitized by Google

en faveur de l'abolition; la bonne culture aurait plus que triplé le produit en grains, et très sensiblement augmenté le rendement en pâturages. « La suppression de la vaine pâture en Angleterre a eu pour résultat de doubler le chiffre de son bétail. Les résistances de la première heure ont disparu devant une prospérité agricole qui n'a fait que croître depuis deux siècles; et pas plus là qu'ailleurs on n'a jamais eu l'idée de revenir sur ses pas ». Qu'après cela on puisse encore rencontrer des obstances ou même des hésitations, c'est ce qu'il est difficile de comprendre. Nous l'avons déjà dit (n° 60 *bis*) et nous le répétons, au lieu de s'incliner devant des considérations secondaires, les auteurs des lois de 1889-90 auraient dû dominer leur sujet et trancher dans le vif.

FERD. JACQUES.

QUELQUES QUESTIONS DE PROCÉDURE CIVILE

Par M. ZÉGLICKI, juge d'instruction au tribunal de Mauriac.

L'officier public qui a procédé à une vérité volontaire de meubles est-il tenu de consigner, qui une simple opposition faite, entre ses mains le prix de vente?

Le Code de procédure civile, dans les art. 609 et 610, décide qu'il n'y a pas lieu de suivre, à l'égard des oppositions faites sur le prix des ventes judiciaires, les formalités prescrites au titre de la saisie-arrêt. Or, quand il s'agit de ventes volontaires faites par un officier public, une analogie manifeste commande d'appliquer les dispositions des art. 609 et 610 du Code de procédure civile à ces sortes de ventes; dans les deux cas il y a même garantie résultant de la présence d'un officier ministériel, mêmes raisons de simplifier la procédure et d'économiser les frais; aussi l'article 657 du Code de procédure civile ne distingue pas entre les ventes publiques judiciaires et les ventes publiques volontaires; dans l'un et l'autre cas, l'officier public paraît être obligé de consigner à la charge de toutes les oppositions; il suffit qu'il y ait eu vente et opposition, pour que l'officier qui a procédé soit obligé de consigner.

Digitized by Google

Au surplus les art. 2, § 8, 8 et 10 de l'ordonnance du 3 juillet 1816 sont conçus en termes précis et formels qui ne permettent pas de douter de l'assimilation des ventes volontaires aux ventes sur saisie, au point de vue de la nécessité de consigner, lorsqu'il y a des oppositions. En effet, l'art. 2 porte que devront être versées dans la Caisse des dépôts et consignations : les sommes saisies-arrêtées entre les mains des dépositaires ou débiteurs à quelque titre que ce soit : celles qui proviendraient de ventes de biens meubles de toute espèce, par suite de toutes sortes de saisies ou même de ventes volontaires lorsqu'il y aura des oppositions. — Il serait injurieux pour le législateur de supposer qu'il a manqué de clarté dans son langage et qu'il a employé la même expression : opposition, dans deux sens différents, l'un d'après lequel, au cas de *vente publique volontaire*, il signifierait : saisie-arrêt, et l'autre d'après lequel il voudrait dire simplement : défense formulée par un acte de procédure, en cas de vente judiciaire. Au surplus ce qui prouve que le mot : opposition, n'est pas susceptible de la double interprétation précitée et ne doit pas s'entendre d'une saisie régulière, c'est l'art. 8 de l'ordonnance précitée du 3 juillet 1816; ce texte, après avoir imposé l'obligation de verser à la caisse les sommes énoncées au n° 8 de l'art. 2, dans la huitaine, à compter de l'expiration du mois accordé par l'art. 656 du Code de procédure civile aux créanciers pour procéder à une distribution amiable, ajoute : ce mois comptera pour les sommes saisies-arrêtées du jour de la signification au tiers-saisi, du jugement qui fixe ce qu'il doit rapporter; s'il s'agit de deniers provenant de ventes ordonnées par justice ou résultant de saisies-exécution, saisies foraines, saisies-brandons ou même de ventes volontaires auxquelles il y aurait eu des oppositions, ce délai courra du jour de la dernière, sinon du procès-verbal de vente : dans cet article, les saisies-arrêts sont distinguées des oppositions; il y est indiqué, que le délai d'un mois ne court pas à partir du même moment, suivant qu'il s'agit des unes ou des autres; en outre les ventes volontaires sont assimilées aux ventes sur saisies; pour les unes comme pour les autres, une simple opposition suffit; or ces ventes sur saisie sont celles après saisie-exécution, saisie-foraine, saisie-brandon; il ne peut être

Digitized by Google

question, quant à ces ventes, des formalités de la procédure de saisie-arrêt; donc il doit en être de même pour les ventes volontaires qui leur sont assimilées; l'opposition à faire lors de ces ventes consiste en un simple acte de procédure; s'il en était autrement du reste, le législateur aurait, pour les deniers provenant des ventes volontaires, édicté les mêmes règles que pour les sommes saisies-arrêtées et fait courir dans les deux cas, le délai d'un mois du jour de la signification au tiers saisi du jugement qui fixe son débet, tandis qu'il est dit dans le § 3 de l'art. 8, que pour les ventes judiciaires et même pour les ventes volontaires auxquelles il y aurait eu opposition, le délai d'un mois courra invariablement du jour de la dernière séance du procès-verbal de vente; cela prouve encore que l'opposition visée dans l'ordonnance de 1816 n'a pas besoin, pour être complète et valable, d'être suivie d'aucune autre formalité de procédure comme la saisie-arrêt.

Aussi a-t-on essayé, mais en vain, pour détruire l'importance décisive de l'ordonnance de 1816, de l'écarter comme illégale, et de soutenir que l'autorité judiciaire ne devait pas s'en préoccuper. — Un mot de réponse suffit pour renverser cette argumentation qui n'est rien moins que spécieuse : sans doute sous l'empire de la charte, le pouvoir royal ne pouvait dans ses ordonnances qu'assurer l'exécution des lois qui émanaient de l'autorité chargée de les faire et non les abroger, que ces lois eussent trait à la procédure ou au droit pur, mais les dispositions prescrites par l'ordonnance de 1816 ne sont en rien contraires aux lois de la procédure; elles ont eu au contraire pour but d'en assurer l'exécution. — La Cour de cassation, chambre des requêtes, dans un arrêt du 2 février 1891, a consacré la doctrine qui vient d'être exposée.

Le gardien d'objets saisis, lorsque le saisi lui-même a été constitué gardien, encourt-il les peines applicables au détournement d'objets saisis, s'il était absent lors de la saisie, ou si présent, il n'a pas été interpellé et n'a pas signé le procès-verbal de saisie? *Quid*, si c'est un tiers qui a été constitué gardien ?

Le législateur, dans l'art. 1955 du Code civil placé sous la ru-

Digitized by Google

brique du sequestre, distingue deux sortes de sequestre, savoir : 1° le sequestre conventionnel ; 2° le sequestre judiciaire. Les obligations de l'un et de l'autre sont les mêmes (art. 1963, Code civil); ils sont assimilés à un véritable dépositaire (art. 1956, C. civil); le gardien d'objets saisis est un sequestre judiciaire (V. art. 1963, C. civil). — Il doit représenter les objets saisis, soit à la décharge du saisissant pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions en ont été faites, en cas de main-levée de la saisie. Le gardien qui détourne les objets saisis se rend passible des peines de l'art. 406 du Code pénal qui réprime l'abus de confiance (art. 400, n° 3, Code pénal), mais pour qu'il en soit ainsi, ne faut-il pas que le lien de droit, c'est-à-dire le *vinculum juris* qui doit unir le gardien au saisissant, soit légalement constaté? or, aux termes de l'art. 1923 du Code civil, le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit, la preuve n'en est point reçue pour valeur excédant 150 francs; quant aux règles qui affectent le dépôt volontaire, elles sont applicables au sequestre conventionnel ou judiciaire qui ne sont que des variétés du contrat de dépôt volontaire; si le saisi a été constitué gardien, la preuve de sa constitution ne pourra donc être établie, sauf le cas où la valeur des objets saisis n'excéderait pas 150 francs, que par la représentation de la signature du gardien sur le procès-verbal de saisie, ou au moins, s'il ne sait pas signer, de la mention que, quoique ayant accepté les fonctions de gardien, il n'a pas signé, faute de savoir le faire, sans quoi il devra être considéré comme étant resté détenteur des objets saisis en qualité de propriétaire desdits objets, sans avoir reçu aucune mission de justice, et sans avoir contracté aucune des obligations propres aux gardiens de séquestres, et en conséquence les peines de l'art. 406 ne lui sont pas applicables; il n'a commis aucun délit, c'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 6 mai 1890 (voir Dalloz, année 1891, 1re partie, page 395, 8e et 9e cahiers mensuels); un jugement du tribunal de Mauriac, du 19 octobre 1891 (présidence de M. Fouris) fortement motivé a prononcé l'acquittement d'un saisi constitué gardien, qui n'avait pas été interpellé et n'avait pas signé le procès-verbal de saisie.

Mais si c'était un tiers qui avait été constitué gardien, le dé-

Digitized by Google

tournement des objets saisis dans cette hypothèse constituerait de sa part un vol, car n'étant ni sequestre au point de vue légal, ni propriétaire desdits objets, il se trouverait ainsi s'être approprié ce qui ne lui appartenait pas et avoir soustrait frauduleusement la chose d'autrui. En conséquence les peines de l'art. 401 du Code pénal devraient lui être appliquées.

La réclamation d'intérêts formée devant le notaire commis par le tribunal au cours d'une instance en partage, doit-elle être considérée comme une demande en justice et suffit-elle par suite pour faire courir les intérêts moratoires ?

La demande nécessaire pour faire courir les intérêts moratoires, aux termes de l'art. 1153 du Code civil, n'est assujettie à aucune forme particulière, mais il faut qu'elle soit faite en justice ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit introduite dans la forme des ajournements ; presentée par voie de simples conclusions dans le cours d'une instance, elle peut faire courir les intérêts qui sont demandés (Dalloz périodique, année 1864, Cass. p. 73, partie 1re), il suffit qu'elle soit portée devant un juge qui ait le pouvoir de prononcer sur cette demande : ainsi les intérêts moratoires peuvent être réclamés accessoirement à une demande en collocation produite dans une instance d'ordre ou de distribution. En effet il résulte de l'art. 754 du Code de procédure civile et de l'art. 133 du tarif que la production à un ordre constitue une véritable demande judiciaire, et que si en vue d'éviter les frais, la loi a approprié la forme spéciale de cette demande à la procédure dont il s'agit, cette demande n'en a pas moins, dans un ordre, l'effet attribué aux demandes judiciaires par l'art. 1153 du Code civil, de faire produire des intérêts moratoires à une obligation exigible qui n'en produisait pas de conventionnels (Chambre des requêtes, Cour de cassation, 2 avril 1833). Il a été également décidé que la demande des intérêts devant des arbitres équivalait à une demande judiciaire pour faire courir les intérêts (Requête, 31 décembre 1845, D. P. 47. 4. 307) ; l'arbitrage en effet est une juridiction ; les parties se trouvent encore en justice, quand elles sont devant un tribunal arbitral ; dès lors, la demande d'intérêts formulée devant des arbitres doit être assimilée à une de-

Digitized by Google

mande en justice. Il découle des principes appliqués dans les solutions qui précèdent que, toutes les fois où les plaideurs sont en présence de l'autorité judiciaire ou de quelqu'un qui est au lieu et place d'elle, en un mot qui est son délégué, les intérêts moratoires réclamés devront être alloués ; en conséquence la demande faite devant un notaire commis par un tribunal pour dresser procès-verbal des dires et déclarations des parties au cours d'une instance en partage, devra être considérée comme faite en justice, car le notaire, dans ce cas, est le délégué du tribunal qui, en le désignant, l'a investi de ses pouvoirs. L'art. 977 du Code de procédure civile qui interdit de faire aucune sommation pour comparaître soit devant le juge commis, soit à l'audience, prouve bien que le législateur a voulu que les parties fussent considérées comme se trouvant en face de la justice représentée par le notaire commis son délégué et que par suite les demandes formulées devant lui produisissent les effets d'une demande en justice (Cour de cassation, ch. civile, 15 avril 1891).

ZÉGLICKI.

BIBLIOGRAPHIE.

Proverbes et maximes du Droit germanique étudiés en eux-mêmes et dans leurs rapports avec le Droit français [1],

Par M. A. Chaisemartin,
Président honoraire du tribunal de Loches (Indre-et-Loire).

Compte rendu par M. A. Rabelleau, avocat à la Cour d'appel d'Orléans.

Le titre de l'ouvrage dû à l'érudit président honoraire du tribunal de Loches n'est pas mensonger et tient largement ce qu'il promet au lecteur.

L'auteur, cela se sent, a vécu son livre avant de l'écrire ; c'est le fruit de longues, patientes et minutieuses études. Sa parfaite

[1] Paris, 1 vol. in-8, 1891.

Digitized by Google

connaissance de la langue allemande, le rendait apte à un travail d'exégèse et de comparaison qui offrait plus d'un genre de difficultés.

L'ouvrage s'ouvre par une introduction sur laquelle il importe de s'arrêter, car elle est tout un exposé de principes.

M. Chaisemartin a voulu donner d'abord un aperçu sommaire de l'histoire du droit allemand et de ses lignes principales à l'époque actuelle, puis, chaque fois qu'il en a trouvé l'occasion, il a rapproché des règles germaniques nos règles françaises. Ici, une question se présentait : beaucoup de nos règles coutumières offrent avec d'autres règles du droit germanique une analogie frappante; à quelle source doit-on les rapporter? Nous savons bien qu'elles ne sont pas d'origine romaine, car elles représentent la contradiction absolue du vieux droit latin. Alors doivent-elles nous apparaître comme un héritage du droit des Celtes, nos aïeux? Ou bien, faut-il les croire implantées dans notre sol par l'invasion germanique?

Bien que le droit de l'ancienne Gaule paraisse avoir été, comme sa langue, matériellement enseveli sous la couche de civilisation romaine, résultat d'une occupation de quatre ou cinq siècles, et bien que nous ne possédions aucun document authentique pouvant être considéré comme une tradition des coutumes de nos pères, une opinion scientifique [1] a cru trouver non seulement dans les Commentaires de César, mais encore dans ce qui reste du droit des Gaëls d'Irlande et des Scots de la Haute-Écosse, dans les lois galloises de Hoël le Bon, roi de Cambrie et dans *la très ancienne coutume de Bretagne*, des vestiges incontestables des usages de la race celtique. On arriva ainsi, à reconstituer, en quelque sorte, tout d'une pièce, des institutions dans lesquelles, sans rien emprunter au droit germanique, on reconnaissait une grande partie de notre droit coutumier.

Cette donnée brillante, mais trop aventureuse, n'a point été admise par la critique nouvelle.

Les historiens qui ont écrit en dernier lieu sur nos origines juridiques, émettent l'avis que de tous les textes invoqués comme nous renseignant sur le droit celtique, il n'y a guère à tirer que

[1] Laferrière, *Histoire du droit français*, t. II. — Augustin Thierry.

Digitized by Google

des conjectures. Suivant M. de Valroger, tout au plus pourrait-on saisir quelques atomes d'élément celtique dans le droit comme dans la langue de notre pays[1], et M. Paul Viollet a adopté cette conclusion[2]. Quel choix l'auteur des *Proverbes et Maximes du Droit germanique* a-t-il fait entre ces deux opinions? Il n'a admis complétement ni l'une ni l'autre. Comme sources écrites du droit français, il semble ne reconnaître que l'élément romain, l'élément ecclésiastique et l'élément germanique.

Mais au fond et en tant que tradition et influence latente du milieu, M. Chaisemartin paraît se rattacher à l'opinion intermédiaire qui, sans constater nulle part de traces positives du droit gallique, ne veut pourtant pas admettre que les coutumes et les institutions d'une grande nationalité aient pu complétement disparaître, sans imprégner au moins de quelques-uns de leurs caractères essentiels les coutumes et les institutions qui les ont remplacées. Ainsi, la copropriété de famille d'où nous sont venus les *retraits* et le peu de faveur des dispositions testamentaires, la situation personnelle de la femme dans le mariage, la communauté conjugale, ne paraissent pas à l'auteur être dérivés, dans nos coutumes, exclusivement du droit germanique. Même en ce qui concerne le régime de la communauté entre époux, il rejette absolument cette origine[3].

La thèse était intéressante, l'auteur l'a indiquée avec précision, ouvrant le champ à ceux qui seraient tentés de la développer et de l'approfondir; les limites de son ouvrage ne le lui permettaient pas, l'unité en eût été brisée; tel qu'il est, il forme un tout homogène et savoir se borner est une des qualités premières de l'écrivain. C'est au cours de sa remarquable introduction et dans le corps même de son livre qu'apparaît chez M. Chaisemartin ce désir passionné de remonter aux sources du droit germanique et du droit français. Saisir à son origine la trame législative se déroulant à travers l'évolution progressive et perpétuellement mobile des âges, des coutumes et des nationalités, c'est-à-

[1] *Les Celtes et la Gaule celtique*, Paris, 1879, p. 557.

[2] *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, 1886, p. 7 et 8.

[3] V. p. 214, 215, 431, 432, 296, 297, 316 et 317.

Digitized by Google

dire ce qui aujourd'hui constitue la loi, est un problème qu'il est méritoire d'aborder, qu'il est presque impossible de résoudre. Les traditions et les mœurs ne se prêtent point à la rigueur des formules algébriques.

L'ouvrage est divisé en six parties : du droit en général et de ses sources, droit civil, droit pénal, droit public, droit ecclésiastique et droit féodal. Le droit civil (personnes, choses, obligations, famille, successions, procédure et preuves) forme à lui seul plus des deux tiers du volume. Les proverbes, au nombre de près de 400, offrent tous, chacun dans son genre, de l'intérêt.

Les proverbes sur le droit en général, son origine — *Dieu est le commencement de tout droit*, — sa nature, sa différence avec la simple équité, révèlent dans les commentaires qui les accompagnent la méthode de l'auteur. C'est un esprit généralisateur, à la fois érudit et lettré, moraliste, jurisconsulte et historien.

Au droit des personnes, il étudie avec soin les trois états reconnus aujourd'hui dans les traités de droit commun allemand : la noblesse (*Adel*), la bourgeoisie (*Bürgestand*) et l'état des paysans (*Bauernstand*). Bien que cette classification n'ait plus, selon la remarque de M. Chaisemartin, que peu d'importance, elle est utile à mentionner, ne fût-ce que comme contraste. Sous notre régime démocratique et égalitaire, elle constituerait chez nous plus qu'un anachronisme.

Les corporations de métiers subsistent encore, de fait, en Allemagne ; abolies en France par Turgot, il est permis de se demander si leur suppression n'a pas été un moyen trop radical et si leur réorganisation appropriée aux conditions économiques de notre siècle ne serait pas un bienfait social. La loi sur les syndicats professionnels ne semble-t-elle pas une rénovation du principe corporatif? Le droit des choses comporte des développements fort curieux sur les Biens nobles et les Biens de paysans, la disparition poursuivie graduellement des anciennes Tenures, la grande faveur accordée aux devoirs du voisinage, et aussi l'admission d'un plus grand nombre de servitudes. La théorie de la saisine ou Gewere [1] (saisine de fait, saisine de droit, vraie saisine)

[1] Théorie partiellement empruntée au célèbre professeur Bluntschli (*Deutsches Privatrecht*, § 54, 3.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

comparée à la possession romaine et à la possession française ; la théorie de l'acquisition des meubles passée dans notre droit, le principe d'une certaine solennité dominant en matière de transmission des immeubles, le système de l'hypothèque moderne, les Régales en Allemagne et spécialement la Régale des mines, tous ces sujets sont abordés avec une hardiesse où la critique la plus sûre trouverait pourtant, croyons-nous, difficilement à reprendre. Un compte rendu sommaire ne peut qu'indiquer ces sujets ; il lui est interdit de s'y arrêter car il y faudrait de nombreuses pages.

Le droit des obligations sur lequel M. Raymond Saleilles, professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon, publiait, naguère, un essai si remarqué, M. Chaisemartin l'étudie surtout au point de vue de l'importance accordée à la parole de l'homme, à un signe du consentement mutuel donné sans solennité et sans le formalisme de l'*Instrumentum* romain. Pour quelques contrats d'une nature particulière (mariage, donation d'immeubles, etc.) certaines formes sont encore exigées. « Sous le rapport moral, « par le triomphe du principe de la parole donnée et de la bonne « foi, le droit allemand s'est montré véritablement supérieur au « droit romain. »

Le droit de la famille diffère du nôtre, notamment par le régime particulier appelé : *union des biens*. Notre communauté n'a été en Allemagne connue que tardivement. L'attribution des biens à la famille, la différence marquée entre les biens nobles et les biens de paysans constituent des divergences notables avec notre législation.

Arrivant au droit civil politique, on doit signaler la procédure orale et le système d'organisation judiciaire qui est étudié avec grand soin.

L'auteur parlant de la loi du Talion a omis de rappeler la loi des Douze-Tables ; cette peine du Talion est pourtant l'un des caractères distinctifs de cette loi romaine tout imprégnée encore, avant les édits du préteur, de cruauté et de vindicte publique.

La procédure pénale expose l'organisation actuelle des tribunaux d'échevins, des tribunaux régionaux, et du jury. Le tribunal d'échevins composé du juge du bailliage et de deux échevins

Digitized by Google

choisis parmi les habitants honorables du pays est la juridiction criminelle la moins élevée. Elle est populaire en Allemagne, mais essentiellement temporaire. Notre législation l'adoptera-t-elle quelque jour? De bons esprits l'espèrent, l'idée du reste n'est pas neuve.

Au droit public, la constitution du Saint-Empire Romain est une page d'histoire des plus attachantes. Le droit ecclésiastique, qui en Allemagne ne doit pas être confondu avec le droit canonique, se résumait jadis dans ce proverbe : « *Chaque seigneur est pape dans son pays.* » Depuis la réforme les choses ont bien changé, mais le droit ecclésiastique en Allemagne fait toujours partie de l'enseignement juridique des universités.

L'ouvrage se termine par une brève revue du droit féodal. La succession des collatéraux aux fiefs, l'admissibilité des femmes a cette succession (fiefs de voile ou fiefs de quenouille) sont traitées à l'aide de documents de première main.

Les quelques restes qui rappelaient l'organisation féodale en Allemagne, le nouveau Code d'organisation judiciaire allemand les a implicitement supprimés. En Allemagne aujourd'hui, comme en France, le régime féodal a vécu.

Tel est, rapidement esquissé, le plan général d'un ouvrage dont on peut dire que c'est un livre de science, et aussi un livre de bonne foi. La forme éminemment juridique ne le cède en rien au fond; la langue en est sévère, à la fois correcte et savante, imagée quand il le faut et aussi, bien que toujours précise, abondante et littéraire. Ce livre est l'œuvre d'un magistrat; il révèle un penseur épris des problèmes sociaux. L'histoire et le droit se sont partagé sa laborieuse carrière. D'un livre semblable La Bruyère eut écrit : « *qu'il est bon et fait de main d'ouvrier.* »

ABEL RABELLEAU.

Digitized by Google

LA FACULTÉ DE DROIT DANS L'ANCIENNE UNIVERSITÉ DE PARIS (1160-1793),

Par M. l'abbé G. Périès,

Docteur en droit canonique de la Faculté de théologie de Paris [1] ;

Compte rendu par M. P. Louis-Lucas,

professeur agrégé à la Faculté de droit de Dijon.

Au nombre des études sur nos anciennes Universités, auxquelles un courant général pousse aujourd'hui les érudits à se livrer d'une manière plus approfondie, celle de M. l'abbé Périès est désormais à citer parmi les meilleures. Elle arrive d'autant mieux à son temps que, si des essais partiels ont depuis longues années été tentés sur cet attachant sujet historique, si, à l'heure présente même, de magnifiques travaux : ceux du P. Denifle et de notre collègue et ami M. M. Fournier [2], sont en voie d'exécution, du moins aucune des monographies déjà nombreuses que nous possédons sur la matière, n'a-t-elle été jusqu'ici spécialement consacrée à la Faculté de droit de Paris. M. l'abbé Périès a donc bien mérité de notre reconnaissance, en venant la venger d'une façon si digne d'éloges de l'oubli immérité dont l'avaient rendue victime les historiens de l'Université.

Bien que l'auteur ait eu pour tâche première de compulser et de mettre en œuvre des documents originaux multiples non encore utilisés, de les interroger et de les comparer entre eux, de réunir et de citer un nombre considérable de pièces authentiques, empruntées aux archives de la Faculté de droit, à la bibliothèque de l'Arsenal et aux *factums* rédigés par les anciens régents, du moins n'a-t-il pas pour autant reculé devant l'obligation qui lui incombait d'en tirer un travail personnel et sincèrement historique. Prenant comme base de sa savante et remarquable étude les différents renseignements qu'il avait rassemblés, il les a utilisés, en essayant de faire sortir de leur rap-

[1] Paris, 1 vol. gr. in-8.

[2] Joignez aussi le *Cartulaire de l'Université de Montpellier*, dont le premier volume (in-4°) a paru récemment.

Digitized by Google

prochement et de leur combinaison, le récit exact des principaux faits accomplis, et surtout leurs conséquences scientifiques.

Au milieu des situations si variées qu'a traversées la Faculté de droit canonique de Paris, l'auteur a suivi sans arrêt, depuis le Moyen-Age jusqu'à la Révolution, « les traces quelquefois glorieuses, souvent honorables, laissées par son enseignement. » M. l'abbé Périès, partant de cette idée que la vie intime d'une grande école se manifeste, soit par l'enseignement qu'elle donne, soit par les rapports existant entre les membres qui la composent, soit enfin par les liens qui unissent ces membres aux sociétés voisines, se trouvait naturellement en présence de trois sources d'études, de trois sujets à développer. Mais à ces divisions, que l'abstraction seule permet de fixer et qui ne sauraient être adoptées quand il s'agit d'exposer le fonctionnement d'une institution qu'ont agitée de si nombreuses et si radicales révolutions, il a préféré avec raison une division historique, sauf à répartir chacune des périodes indiquées en un nombre variable de chapitres. Or, en se plaçant à ce point de vue, la Faculté a traversé trois grandes phases. Elle fut d'abord absolument ecclésiastique, aussi bien par son enseignement que par son gouvernement. C'est là la période théologique du droit canon. — Puis, par suite de l'immixtion du Parlement, et en conséquence des diverses réformes devenues indispensables, nous la voyons perdre de son importance dans de très notables proportions et marcher d'un pas insensible, mais très appréciable, vers la sécularisation. — Enfin, l'influence du droit romain, dont la doctrine fut tour à tour l'objet d'un enseignement officiel, d'une prohibition formelle, d'un maintien subreptice, et d'un rétablissement au grand jour par Louis XIV, l'a définitivement pénétrée de l'esprit séculier et, la faisant changer de nature, l'a rendue telle qu'elle est aujourd'hui.

Ces trois périodes originaire, de transition et de métamorphose, forment les trois divisions principales du livre de M. l'abbé Périès, qui s'occupe tour à tour du régime ecclésiastique resté en vigueur de 1160 à 1534, du collège sexviral, qui exista jusqu'en 1656, des nouveaux Docteurs et du droit civil, dont l'histoire se poursuit depuis lors jusqu'en 1793.

Produit de recherches consciencieuses et fruit d'un travail con-

Digitized by Google

sidérable, le livre dont nous venons de donner ici un aperçu sommaire, et qui se termine par un court Appendice et par un Index alphabétique très soigneusement dressé, est digne du meilleur accueil de la part de tous ceux pour qui l'histoire de la Faculté de droit de Paris, qui a joué un rôle si important et a jeté parfois tant de lustre et d'éclat au sein de l'ancienne Université, peut présenter de l'intérêt. Pour nous, qui en sommes un des plus modestes disciples, et qui l'aimons avec cette affection reconnaissante, que sollicite toute *alma mater*, nous demandons à ne pas nous séparer de M. l'abbé Périès, sans le remercier du plaisir personnel qu'il nous a fait, en nous permettant de revivre son histoire, et de l'immense attrait qu'il nous a procuré par ses renseignements si précieux et si curieux que sa science de chercheur, secondée par son talent d'exposition, a su nous fournir sur nos propres ancêtres et surtout sur ceux qui ont préparé la brillante pléiade de nos Maîtres. P. LOUIS-LUCAS.

L'Editeur-Gérant : F. PICHON.

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES

DROIT CIVIL. Pages.

Le contrôle de la puissance paternelle, par *M. Ch. Testoud*..... 16

Examen doctrinal, jurisprudence civile, année 1889-1890, par *M. J. Charmont*..... 65

De la propriété des servitudes rurales d'après la loi de 1791, par *M. Ferd. Jacques*..... 88, 456, 640

Du contrat d'assurance sur la vie au profit de bénéficiaires indéterminés, par *M. Deslandres*..... 174

Commentaire de la loi qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé (art. 767 et 205 du Code civil), par *M. Auguste Souchon*..... 223

Des formules de rédaction des lois civiles, par *M. Gustave Rousset*..... 353, 423

Examen doctrinal, jurisprudence civile, 1889-1890, par *M. Marcel Planiol*..... 481

La loi du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés et son application, par *M. J. Charmont*..... 501

Examen doctrinal, jurisprudence civile, 1889-1890, par *M. Ch. Massigli*..... 561

PROCEDURE CIVILE.

La taxe obligatoire en matière civile, par *M. Bona-Christave*.. 573

Quelques questions de procédure civile, par *M. Zéglicki*..... 667

DROIT COMMERCIAL ET MARITIME.

Examen doctrinal, jurisprudence commerciale, 1889-1890, par *M. H. Bonfils*..... 337

Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime, 1889-1890, par *M. Ch. Lyon-Caen*..... 401

DROIT CRIMINEL.

Examen doctrinal, jurisprudence criminelle, 1889-1890, par *M. E. Gardeil*..... 1

Une esquisse de réformes pénales, par *M. H. Pascaud*..... 294

La loi du 26 mars 1891, sur l'atténuation et l'aggravation des peines, par *M. Henri Capitant*..... 368

Du témoignage des parents ou alliés du prévenu en matière criminelle, par *M. Chesney*..... 534

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Examen doctrinal, jurisprudence civile, 1889-1890, par *M. Brémond*..... 129, 625

Des droits résultant pour l'Etat de la formation d'atterrissements dans les fleuves et rivières navigables à la suite de travaux publics, par *M. E. Delboy*..... 242, 310

DROIT INTERNATIONAL.

Du changement de nationalité des mineurs, par *M. Eugène Audinet*..... 27, 158

Examen doctrinal, droit international, par *M. Chausse*..... 209

ENREGISTREMENT.

Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement, par *M. Ch. Testoud*..... 273

HISTOIRE DU DROIT.

Origines de la saisine héréditaire, par *M. Maurice Dufourmantelle*..... 584

BIBLIOGRAPHIE.

Cours élémentaire de droit international privé par *MM. Surville et Arthuys*; compte-rendu par *M. Ch. Testoud*..... 54

La discipline de la Légion d'honneur et le contrôle des nominations, par *M. Léon Aucoc*; compte-rendu par *M. R. Piédelièvre*..... 61

Traité de la vente et de l'échange, par *M. L. Guillouard*; compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 125

Recueil des inscriptions juridiques grecques, par *MM. Dareste, Haussoullier et Th. Reinach*; compte-rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*..... 196

Digitized by Google

Pages.

Manuel des magistrats du parquet et des officiers de police judiciaire, par *MM. G. Vallet et Em. Montagnon ;* compte-rendu par *M. Pierre Sarraute*..... 197
Le Parlement de Paris de Philippe-le-Bel à Charles VII (1314-1422). Sa compétence, ses attributions, par *M. Ph. Aubert ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 200
Etudes sur la compétence civile, par *M. de Paepe ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 203
Cours élémentaire de Droit criminel, par *M. Laborde ;* compte-rendu par *M. Chausse*..... 206
De l'ordre public en droit international privé, par *M. Pillet,* compte-rendu par *M. A. Chrétien*..... 269
L'art de faire soi-même son testament, par *M. Paul Berton ;* compte-rendu par *M. Félix Herbet*..... 324
Les communaux et le domaine rural à l'époque franque. Réponse à M. Fustel de Coulanges, par *M. E. Glasson ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 326
La lutte pour le Droit, par *M. Rud. von Jhering,* traduit de l'allemand par *M. O. de Meulenaere ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 327
Etude de science juridique pure. La règle de Droit, par *M. Ernest Roguin ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas.* 330
Introduction historique au Droit privé de Rome, par *M. Bourcart ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 333
Etude sur la responsabilité civile des incapables et particulièrement de la femme dotale, par *M. A. Deschamps ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 394
Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique, par *M. Th. Tissier ;* compte-rendu par *M. Ferd. Jeanmaire*..... 396
Traité des magasins généraux, par *M. L. Scanza ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 473
Introduction à la sociologie, par *M. Guill. de Greef ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 475
Dictionnaire des délais, prescriptions, péremptions en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et militaire, suivi d'un essai de réformes en matière de délais, par *M. E.-H. Mancelle;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas.* 476
De formulis secundum legem romanam a VII° sæculo ad XIIum sæculum, par *M. L. Stouff*; compte-rendu par *M. J. Charmont*..... 479
Principes fondamentaux de la pénalité dans ses systèmes les plus modernes, par *M. Vidal ;* compte-rendu par *M. C. Levillain*..... 548
Traité théorique et pratique des titres au porteur français et étrangers, par *M. Albert Wahl ;* compte-rendu par *M. Balleydier*..... 558
Manuel théorique et pratique du juge d'instruction, par *M. Pierre Sarraute;* compte-rendu par *M. Joseph Bressolles.* 613
Traité théorique et pratique des travaux publics, par *MM. Christophle et Auger ;* compte-rendu par *M. Ant. Faure*..... 616
Chronologie de l'empire romain, par *M. G. Goyau ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 618
Collection des Codes étrangers. I. Code civil espagnol, promulgué le 24 juillet 1889, traduit et annoté par *M. A. Levé.* — II. Code pénal italien, promulgué le 1er janvier 1890, suivi des dispositions transitoires, traduit et annoté par *M. Ed. Turrel ;* compte-rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 622
Proverbes et maximes du Droit germanique étudiés en eux-mêmes et dans leurs rapports avec le Droit français, par *M. A. Chaisemartin ;* compte rendu par *M. A. Rabelleau*..... 672
La Faculté de droit dans l'ancienne Université de Paris (1160-1793) par *M. l'abbé G. Périès;* compte rendu par *M. P. Louis-Lucas*..... 670

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS

MM.		Pages.
AUDINET	Du changement de nationalité des mineurs.	27, 158
BALLEYDIER	Traité théorique et pratique des titre au porteur français et étrangers, par *M. Wahl*	558
BONA-CRISTAVE	La taxe obligatoire en matière civile	573
BONFILS	Examen doctrinal, jurisprudence commerciale, 1889-1890	337
BRÉMOND	Examen doctrinal, jurisprudence administrative, 1889-1890	129, 625
BRESSOLLES	Manuel théorique et pratique du juge d'instruction, par *M. Sarraute*	613
CAPITANT	La loi du 26 mars 1891 sur l'atténuation et l'aggravation des peines	368
CHARMONT	Examen doctrinal, jurisprudence civile, contrats à titre onéreux, 1889-1890	65
—	De formulis secundum legem romanam a VII° sæculo ad XII^um^ sæculum, par *M. Stouff*	479
—	La loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés et son application	501
CHAUSSE	Cours élémentaire de droit criminel, par *M. Laborde*	206
—	Examen doctrinal, Droit international, 1889-1890	209
CHESNEY	Du témoignage des parents ou alliés du prévenu en matière criminelle	534
CHRÉTIEN	De l'ordre public en droit international privé, par *M. Pillet*	269
DELBOY	Des droits résultant, pour l'Etat, de la formation d'atterrissements dans les fleuves et rivières navigables à la suite de travaux publics	242, 310
DESLANDRES	Du contrat d'assurance sur la vie au profit de bénéficiaires indéterminés	174
DUFOURMANTELLE	Origines de la saisine héréditaire	584
FAURE	Traité théorique et pratique des travaux publics, par *MM. Christophle et Auger*	616
GARDEIL	Examen doctrinal, jurisprudence criminelle, 1889-1890	1
HERBET	L'art de faire soi-même son testament, par *M. Berton*	324
JACQUES	De la propriété des servitudes rurales d'après la loi de 1791	88, 456, 640
JEANMAIRE	Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité pupublique	396
LEVILLAIN	Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes, par *M. Vidal*	548

Digitized by Google

Pages.

LOUIS-LUCAS. ..... Traité de la vente et de l'échange, par *M. Guillouard*..... 125
— Le Parlement de Paris de Philippe-le-Bel à Charles VII (1314-1422). Sa compétence, ses attributions, par *M. Ph. Aubert*..... 200
— Etudes sur la compétence civile, par *M. de Paepe*..... 203
— Les communaux et le domaine rural à l'époque franque, par *M. Glasson*..... 326
— La lutte pour le Droit, par *M. von Jhering*... 327
— Etude de science juridique pure. La règle de Droit, par *M. Roguin*..... 330
— Introduction historique au Droit privé de Rome, par *M. Bourcart*..... 333
— Etude sur la responsabilité civile des incapables et particulièrement de la femme dotale, par *M. Deschamps*..... 394
— Traité des magasins généraux, par *M. Scanza*. 473
— Introduction à la sociologie, par *M. de Greef*. 475
— Dictionnaire des délais, prescriptions, péremptions en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et militaire, par *M. Mancelle*..... 476
— Chronologie de l'empire romain, par *M. Goyau*. 618
— Collection de Codes étrangers. I. Code civil espagnol traduit par *M. Levé*. — II. Code pénal italien, traduit par *M. Turrel*..... 622
— La Faculté de droit dans l'ancienne Université de Paris (1160-1793), par *M. l'abbé G. Périès*. 678

LYON-CAEN..... Recueil des inscriptions juridiques grecques, par *MM. Dareste, Haussoullier et Th. Reinach*. 196
— Examen doctrinal, jurisprudence en matière de droit maritime, 1889-1890..... 401

MASSIGLI..... Examen doctrinal, jurisprudence civile, 1889-1890..... 561

PASCAUD..... Une esquisse de réformes pénales..... 294

PIÉDELIÈVRE..... La discipline de la Légion d'honneur et le contrôle des nominations, par *M. Léon Aucoc*.. 61

PLANIOL..... Examen doctrinal, jurisprudence civile, 1889-1890..... 481

RABELLEAU..... Proverbes et maximes du droit germanique étudiés en eux-mêmes et dans leurs rapports avec le droit français, par *M. A. Chaisemartin*. 678

ROUSSET..... Des formules de rédaction des lois civiles. 353, 423

SARRAUTE..... Manuel des magistrats du parquet et des officiers de police judiciaire, par *M. Sarraute*. 197

SOUCHON..... Commentaire de la loi qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé (art. 767 et 205 du Code civil).. 223

TESTOUD..... Le contrôle de la puissance paternelle par les tribunaux et la loi du 24 juillet 1889..... 16
— Cours élémentaire de droit international privé, par *MM. Surville et Arthuys*..... 54
Examen doctrinal, jurisprudence en matière d'enregistrement, 1889-1890..... 273

ZÉGLICKI..... Quelques questions de procédure civile..... 667

Paris. — Imp. F. PICHON, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google